Facticidad y validez

JÜRGEN

HABERMAS

Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso

EDITORIAL TROTTA

Facticidad y validez

Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso

Jürgen Habermas

Introducción y traducción, sobre la cuarta edición revisada, de Manuel Jiménez Redondo

E D I T O R I A L   T R O T T A

La edición de esta obra se ha realizado con la ayuda de Inter Nationes, Bonn

COLECCIÓN ESTRUCTURAS Y PROCESOS
Serie Filosofía

Primera edición: 1998
Segunda edición: 2000
Tercera edición: 2001
Cuarta edición: 2005

Ferraz, 55. 28008 Madrid
Teléfono: 91 543 03 61
Fax: 91 543 14 88
E-mail: editorial@trotta.es
http://www.trotta.es

Título original: Faktizität und Geltung.
Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats

Diseño
Joaquín Gallego

ISBN: 84-8164-151-0
Depósito Legal: M-1.742-2005

Impresión
Fernández Ciudad, S.L.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN

Manuel Jiménez Redondo

1. *La estructura del libro*

Pese a su aspecto abrumador, el presente libro de Habermas tiene una estructura argumentativa bien simple. La parte central es la compuesta por los capítulos tercero y cuarto, titulados respectivamente: «El sistema de los derechos» y «Los principios del Estado de derecho». En el primero se trata de una reconstrucción o de una «génesis lógica» del «sistema de derechos» contenidos en las «constituciones históricas» del mundo moderno. Todas ellas, en sus secciones dedicadas a derechos básicos, serían otras tantas expresiones de un mismo «sistema de los derechos», esto es, del conjunto articulado de derechos que habrían de reconocerse mutuamente sujetos jurídicos que quieren regular legítimamente su convivencia por medio del derecho positivo. Para esa «génesis» Habermas sólo utiliza dos elementos: el «principio de discurso» («sólo son legítimas aquellas normas de acción que pudieran ser aceptadas por todos los posibles afectados por ellas como participantes en discursos racionales») y la «forma jurídica» de las normas (es decir, se trata de normas en las que se prescinde de la capacidad del destinatario de ligar su voluntad por propia iniciativa; que se refieren a asuntos bien tipificados y que, por tanto, representan en su materia una violenta absrracción respecto de la complejidad del «mundo de la vida»; y en las que se prescinde de la motivación del agente a la hora de atenerse o no a la norma); la «forma jurídica» no se «fundamenta»; su introducción forma parte de una explicación funcional; consiste en mostrar que en el mundo moderno resulta ineludible recurrir masivamente a esa clase de normas, a normas de derecho positivo. La única fuente de «normatividad» es, por tanto, el «principio de discurso». De la aplicación del «principio de discurso» a la forma jurídica Habermas deduce

cinco categorías de derechos: derechos individuales de libertad, derechos de pertenencia a una comunidad jurídica, derechos concernientes a la accionabilidad judicial de los derechos, derechos políticos y derechos sociales. Con las tres primeras categorías se introduce el código con que opera el derecho y se fija el *status* de persona jurídica; con la cuarta el derecho así introducido se hace reflexivamente cargo de sí mismo juridificando las condiciones de su producción legítima y regulando el proceso político del que resulta el poder capaz de imponer el derecho; la quinta asegura condiciones materiales de existencia que no desmientan la idea de sujeto jurídico libre e igual.

Respecto a esta «deducción» o «génesis» se han hecho a Habermas tres objeciones básicas. La primera es la de cómo es posible deducir de un principio de racionalidad (o de acep.abilidad racional) derechos individuales de libertad que implican que, mientras se respete el espacio de libertad de los demás, el individuo queda también facultado para un comportamiento irracional. Por «libertad comunicativa» entiende Habermas «la posibilidad (recíprocamente presupuesta en la acción orientada a entenderse) de posicionarse ante las pretensiones de validez entabladas por el prójimo, las cuales se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo». Este concepto remite de por sí a criterios de aceptabilidad racional, como es el «principio de discurso». Pero si los derechos de libertad implican precisamente la posibilidad de descolgarse de los contextos de libertad comunicativa, cabe preguntarse si se los puede definir sin recurrir a un adecuado concepto de «libertad negativa», que habría de resultar así tan primario como el de «libertad comunicativa». La segunda es la de en qué sentido se están deduciendo derechos al «deducir» los derechos de las tres primeras categorías, si el concepto de poder, esencial para el concepto de derecho, sólo se introduce propiamente cuando se introducen los derechos políticos. Por último, pese a que en la «deducción» sólo se opera con los dos elementos que son el «principio de discurso» y la «forma jurídica», se plantea la cuestión de si con la «forma jurídica» de las normas, tal como la introduce Habermas entendiéndola como «resultado de un proceso histórico de aprendizaje», no se está introduciendo también un concepto de «derechos fundamentales» independiente del «principio de discurso»; en la deducción se estarían entonces suponiendo como independientes las dos fuentes clásicas de «normatividad», a saber, los «derechos fundamentales» y el «principio de discurso» o «principio democrático». A éstas y a otras objeciones se enfrenta Habermas en el «Epílogo» que añadió al libro en 1994, el cual tiene, por tanto, particular importancia.

Por lo demás, en la deducción del «sistema de los derechos» el concepto de legitimidad jurídica cobra autonomía sustantiva respecto del de moralidad, aun cuando la legislación jurídica y la «legislación moral» se nutran de un mismo «principio de discurso», aplicado a normas con forma jurídica en un caso y a normas con forma moral en otro. El derecho, por la «forma jurídica» de las normas y, por tanto, por su propio concepto, implica la existencia y organización jurídica de un poder, a la reconstrucción de los principios normativos de la cual, de modo que esa organización resulte congruente con el «sistema de los derechos», dedica Habermas el capítulo dedicado a «Los principios del Estado de derecho». En este capítulo cuarto son centrales la reformulación que se hace del «principio de división de poderes» en términos de «teoría del discurso» y el concepto que se introduce de «poder comunicativo», en el que se funden como en una única fuente poder y derecho; es el punto en el que Habermas lleva hasta sus últimas consecuencias la idea democrática de autonomía política y, por tanto, de la posibilidad de disolver el poder en razón, haciendo derivar del «poder producido por la voluntad en la que deliberativamente muchos se ponen de acuerdo» (en la esfera pública y en los órganos formales de formación de la voluntad política) el poder político-administrativo encargado de imponer el derecho e introduciendo con ello una fundamental diferenciación en el concepto de poder político y, por tanto, en el concepto de lo político.

Tres ideas básicas han de tenerse presentes para no malentender estos dos capítulos fundamentales. Primera: en ellos se habla del «sistema de los derechos» contenido en las constituciones ejemplares del mundo moderno y contemporáneo; no se está hablando del derecho tal como éste debiera ser, ni se están estableciendo principios abstractos conforme a los que juzgar el derecho existente, sino que se está hablando del derecho existente. Segunda: por eso mismo tampoco se está hablando del derecho en general, sino únicamente del derecho en la figura histórica que representan los «Estados democráticos de derecho»; lo que en estos dos capítulos se busca es «reconstruir» sus supuestos más básicos, es decir, volverlos inteligibles en su copertenencia y unidad con los medios de la «teoría del discurso»; el derecho de los Estados democráticos de derecho es el que es, es decir, puede estabilizarse como el sistema de normas que es, porque por vía de legalidad puede satisfacer o llegar a satisfacer su propia promesa de legitimidad. El resultado es una concepción procedimental del derecho, al igual que la «teoría del discurso» representa una concepción procedimental de la racionalidad. Tercera: la «génesis lógica» del «sistema de los derechos» no es una reconstrucción de la «génesis histórica» del «sistema de los derechos». En la «génesis lógica» se trata de la reconstrucción conceptual de la idealidad articuladora de la realidad del derecho, que opera como aguijón interno para esa propia realidad; «génesis lógica» y «génesis

histórica» son ambas tareas legítimas, pero que no deben confundirse entre sí, pues tienen estructura distinta y obedecen a intereses teóricos distintos. En lo que se refiere al derecho continental, para describir su génesis histórica habríamos de empezar introduciendo el inverosímil concepto y la inverosímil realidad de la soberanía o poder soberano. Éste es el poder capaz de imponer el derecho que dicta sin apelar a ninguna fuente religiosa o metafísica, representada por una autoridad a la que ese poder hubiera de sujetarse, acreditándose así por su sola capacidad de pacificar la existencia poniendo fin a las guerras de religión. El movimiento liberal cerca después a ese poder soberano poniendo estrictos límites a su ejercicio. El movimiento democrático convierte en soberano al «pueblo», pero éste permanece, sin embargo, cercado en el ejercicio de su soberanía por los «derechos de propiedad» liberales. Se añaden por último derechos sociales, base y resultado del compromiso entre capitalismo y democracia, que constituyen, por tanto, el elemento mediador entre un sistema económico asentado sobre derechos liberales y un proceso político que apela a una autocomprensión democrática. Resulta así un sistema jurídico que se cierra sobre sí mismo regulando su autopóiesis y el proceso social y político en que esa autopóiesis consiste o del que esa autopóiesis resulta, por vía de incorporar juridificándolas sus propias condiciones de legitimidad de diversa procedencia. En cambio, de lo que se trata en la «génesis lógica» es de descubrir y reducir a unidad las relaciones conceptuales y de principio operantes en esta compleja e inverosímil estructura de elementos históricos, y ello a partir de dos elementos: la «forma jurídica» de las normas y el «principio de discurso». En estos dos capítulos se habla desde una perspectiva de «filosofía del derecho» y «filosofía política».

La perspectiva teórica cambia en los capítulos séptimo y octavo, titulados respectivamente «Política deliberativa, un concepto procedimental de democracia» y «Sobre el papel de la sociedad civil y del espacio público político», que podemos considerar como la segunda parte del libro. Tras más de dos siglos de ilustración sociológica no cabe entender sin más la sociedad como *communitas politica*, ni aun entendiendo la *communitas politica* (al modo de la primera filosofía política moderna) como la asociación voluntaria de miembros libres e iguales que representa una comunidad jurídica moderna, es decir, la comunidad de destinatarios de las normas que componen un sistema de derecho positivo asentado sobre el «sistema de los derechos». Se hace, pues, necesario ubicar sociológicamente el «sistema político» en el contexto del «sistema social», como un «subsistema» que a través del «medio de regulación» que representa el «poder político-administrativo» como código especial articulado a su vez jurídicamente (los principios del Estado democrático de derecho representan los principios rectores de una forma histórica moderna de esa articulación), cumple para el sistema social global la doble función de aseguramiento del derecho y (consumiendo derecho e instrumentalizándolo) la función de consecución de fines colectivos. Se hace, pues, necesario asimismo situar el sistema jurídico respecto al sistema político y al sistema social en su conjunto, a fin de decidir si las ideas reconstruidas en la primera parte son, como otras ideas de la Ilustración, ideas en sí muertas (al menos en sus pretensiones originales), ideas desbordadas por la propia complejidad social a la que en su día dieron lugar, de las que, por tanto, sólo seguirían discurriendo sus consecuencias; o son ideas efectivamente operantes, sin el aguijón de las cuales, o sin la tensión introducida por las cuales en la realidad empírica de la que son ingrediente, no cabría entender ni interpretar el proceso político existente. Habermas lo entiende como resultado de una circulación «oficial» del poder y de una «contracirculación» no oficial del poder. La oficial: en el Estado democrático de derecho el poder político-administrativo capaz de mantener a raya el poder social y de realizar fines colectivos ha de poder considerarse dimanante del «poder comunicativo» generado en el proceso político de producción democrática del derecho, es decir, en el proceso político de formación informal en la esfera pública y de formación formal parlamentaria de la opinión y la voluntad políticas. La no oficial: el poder social tiende a programar y programa al aparato político-administrativo, el cual, a efectos legitimatorios, tiende a instrumentalizar e instrumentaliza el poder comunicativo generado en el proceso político del que ha de resultar la producción de derecho, convirtiendo así la idea democrática más bien en una ficción, pero también operante como ficción. «Política deliberativa», «sociedad civil» y «espacio público político» son los rótulos con los que cabe referirse a los mecanismos y maneras como en las democracias modernas queda «operacionalizado» lo reconstruido en la primera parte.

Una teoría que procede en términos reconstructivos, es decir, que reconstruye la idealidad inmanente a la facticidad de la realidad como aguijón y elemento de tensión operante en esa misma realidad, «se ve expuesta siempre a la bien fundada desconfianza que en las ciencias sociales suscita todo tipo de confusión entre razón y realidad», pues corre siempre el riesgo de sustituir a la realidad por esa idealidad, es decir, de presentar como realidad una idealización de esa realidad. Ello explica las continuas cautelas que para evitar tal riesgo Habermas toma en el presente libro y ello permite asimismo entender que la claridad conceptual de las «reconstrucciones racionales» se mezcle en él con el desesperado y consecuente desarrollo de la tesis de que con el medio que representa el poder político-administrativo no pueden crearse las siempre frágiles condicio-

nes sociales de sustentación del Estado democrático de derecho. El Estado democrático de derecho no puede, por tanto, tener otra base de sustentación que una población acostumbrada al ejercicio cotidiano y puntilloso de la libertad en los contextos sociales, en la esfera pública y frente a los poderes públicos, y dispuesta a no dejarse arrebatar esa libertad; y ello es una base que el Estado democrático de derecho presupone y a cuya reproducción puede en todo caso contribuir, no una base que él pueda crear. El lenguaje y conceptos de estos dos capítulos, los más sencillos del libro, pertenecen más bien a teoría de la sociedad, teoría de la democracia, sociología política en general y sociología de la democracia en particular, y a teoría y sociología de la comunicación.

La tercera parte es la compuesta por los capítulos quinto, sexto y noveno, titulados respectivamente «Indeterminidad del derecho y racionalidad de la administración de justicia», «Justicia y legislación. Sobre el papel y legitimidad de la jurisdicción constitucional» y «Paradigmas del derecho». Se trata de tres capítulos, muy bien trabados entre sí, destinados no ya al filósofo político, tampoco al filósofo del derecho en el sentido de una filosofía del derecho ligada a la filosofía política, sino al teórico del derecho. Son capítulos en los que se habla el lenguaje de la teoría contemporánea del derecho, a cuyas discusiones internas, como siempre sucede en Habermas, se da un repaso realmente exhaustivo. Se trata en ellos del sistema jurídico visto desde la propia perspectiva interna del sistema jurídico, o incluso desde la perspectiva del profesional que ha de habérselas a diario con el derecho. Es en estos tres capítulos donde puede y debe decidirse el acuerdo o desacuerdo del teórico del derecho con este libro de Habermas. A tal fin, el teórico del derecho habría de defender mientras pueda la pretensión de «neutralidad científica» de su saber: la teoría del derecho habría de articularse como un saber valorativamente neutral respecto a los contenidos valorativos que un sistema de derecho pueda cobijar, y centrarse en las notas sólo aprehendibles en actitud descriptiva que definen a éste como derecho y como este sistema de derecho; el juicio que el teórico o el profesional del derecho pueda hacerse sobre contenidos valorativos es algo que, conceptualmente, ni pertenece, ni afecta a su competencia como teórico o como profesional del derecho; esos contenidos el teórico los entiende o reconstruye, y el profesional los entiende y maneja, si acaso, en actitud descriptiva, y en todo caso «neutral con respecto a valores»; es lo que define el trato serio y competente con el sistema jurídico, con este sistema jurídico que se tiene delante, y no con otra cosa; proceder de otro modo, si pudiera procederse de otro modo, sería cometer un error categorial. Pues bien, todo esto podría ser así si el derecho pudiera evitar (sobre todo al complejizarse él al paso que se compleja la sociedad) que le explote dentro la

problemática hermenéutica, es decir, la problemática de la interpretación con sus implicaciones generales y especiales de teoría de la racionalidad, en este caso de teoría de la racionalidad práctica. En los Estados democráticos de derecho esas implicaciones generales y especiales de teoría de la racionalidad afectan muy pronto a la interpretación de determinadas normas de derecho positivo como implicaciones directamente relacionadas con el contenido de ellas o simplemente como contenido de ellas. Y no es posible que el teórico pueda pretender en serio no comprometerse con esa clase de implicaciones. Por poner un ejemplo: si una discusión jurídica versa sobre la interpretación de normas jurídicas procedimentales tendentes a asegurar la objetividad de un resultado, es imposible que la consideración e interpretación de ello no se le complique al teórico y al intérprete con la cuestión de las presuposiciones de objetividad de su propio saber como teórico y con la cuestión de qué cabe entender por «objetividad» en las cuestiones prácticas. Una vez planteada una cuestión de este tipo, ni al teórico le es posible considerarla adecuadamente, ni al práctico le es posible resolverla satisfactoriamente, sino comprometiéndose a fondo con las implicaciones normativas de ella. Pues bien, en el derecho de los Estados democráticos de derecho esa clase de cuestiones se convierten en centrales. Diríase que la razón práctica irrumpe así en el derecho, o mejor: que el teórico y el intérprete se ven constantemente en la necesidad de desagavillar y reagavillar la razón práctica moderna encarnada en el derecho positivo moderno. Naturalmente, el teórico del derecho puede intentar mantenerse en las posiciones de Kelsen, Hart o Raz, etc., o quizá (si se vuelve consciente de las consecuencias de la problemática hermenéutica) en el contrapunto sociologizante que respecto al positivismo jurídico representa el «realismo jurídico» desde Holmes a los *Critical Legal Studies*; pero si, a través de la problemática suscitada en todo el pensamiento contemporáneo por obras como *Verdad y método* de Gadamer, transita de Kelsen a Dworkin, no necesita, ciertamente, estar de acuerdo en concreto ni con Dworkin ni con Habermas, pero sí que estará pisando y moviéndose de antemano en el terreno roturado por Dworkin, por Ferrajoli, o por Habermas, etc., por referirme sólo a algunos nombres bien conocidos en nuestro medio. El sistema jurídico no deja reducirse a un sistema de normas, sino que incorpora principios o supone principios que, naturalmente, habrán de estar directamente relacionados con la problemática moderna de la racionalidad, a causa de los cuales lo que empieza siendo la perspectiva externa (para el teórico jurídico) del filósofo del derecho, del filósofo político y del teórico de la sociedad acaba implícita o explícitamente convirtiéndose en comprensión y visión interna (desde luego en competencia interna con otras interpretaciones y visiones del mismo tipo) acerca de qué

se trata en definitiva en el sistema jurídico y acerca de su funcionamiento, y en definitiva acerca de su concreta positividad, en una proporción que afecta al sistema jurídico en conjunto y que va mucho más allá de la idea que se hizo Kelsen de cómo el derecho hace frente a tal indeterminidad por la vía decisionista de mantener bien precisadas las competencias de decisión.

En la discusión de Habermas acerca de quién y qué sea el Tribunal Constitucional como intérprete último jurídicamente autorizado de la Constitución, acerca de sus relaciones con los procesos jurídicamente formalizados y con los procesos informales de formación de la opinión y la voluntad y acerca de las razones teóricas y pragmáticas de su existencia, una discusión en cuyo centro está la «jurisprudencia de valores» del Tribunal Constitucional alemán, queda claro en otro sentido distinto cómo de forma directa o indirecta el problema de la interpretación, con sus implicaciones concernientes a racionalidad práctica y también en el aspecto en que el proceso político representa también un proceso de interpretación a la vez que de realización de la Constitución, se convierte en asunto interno del sistema jurídico, es decir, queda claro cómo la temática de lo que he llamado partes primera y segunda del libro se vuelve un problema interno del sistema jurídico mismo.

Pero no hace falta recurrir al ejemplo del Tribunal Constitucional o de instancias jurídicas supremas, para hacerse también cargo de otra importante cuestión; incluso el análisis de las sentencias más sencillas de instancias jurídicas inferiores muestra (lo cual, bien pensado, resulta natural y obvio) cómo en ellas subyace la idea que el juez se hace del funcionamiento del orden social o de tal o cual fragmento del orden social, de la ubicación del derecho en ese orden y del papel y contribución del derecho, o de tal o cual fragmento del sistema jurídico, al funcionamiento de ese orden. En la función que las instancias superiores ejercen de unificación jurisprudencial con el fin de asegurar la igualdad de los ciudadanos ante la ley y mantener la seguridad jurídica, se repite, naturalmente, ese misma situación. Para estas visiones globales del derecho anejas a visiones globales simultáneas del funcionamiento del orden social, subyacentes en la práctica jurídica, Habermas recoge la denominación de «paradigmas jurídicos». La visión del funcionamiento del orden social implicada por el «paradigma del derecho formal» se vuelve imposible o al menos se torna cada ve más irreal en un orden social (y jurídico) postliberal. A los nostálgicos del buen derecho liberal introducido por la burguesía europea creadora (junto con el soberano absoluto) del derecho positivo moderno Habermas viene a sugerirles algo análogo a aquello que decía Keynes de los economistas «clásicos»: si resulta que las paralelas insisten en juntarse cuando según los principios de nuestra geometría no deberían hacerlo, hay que cambiar de geometría en vez

de dedicarse a fustigar a las paralelas. El indudable riesgo de deterioro que para la propia forma del Estado de derecho representa la utilización masiva (frente al tipo casi exclusivo de programación «condicional» del derecho liberal) del tipo de programación jurídica «finalista» ligada al «Estado social» y a otros ámbitos cruciales de la existencia social contemporánea, hace suspirar con toda razón por aquellas viejas cualidades formales del buen derecho de antaño, que eran garantía de imparcialidad y, por tanto, de justicia. Pues bien, si el derecho quiere permanecer fiel al viejo carácter formal que, como garantía de racionalidad práctica, tuvo en sus orígenes, sólo podrá hacerlo por un camino distinto y en un sentido distinto, a saber, sobreponiéndose por vía de una «procedimentalización» radical y masiva al masivo riesgo de arbitrariedad introducido por la irreversible materialización, cambiando así vieja seguridad jurídica «condicional» por racionalidad «procedimental» de los resultados. Ante la desorganización introducida en el derecho por la materialización, no hay otra posibilidad de mantenerse fiel a la vieja idea «liberal» de «Estado de derecho» que echando mano de, y radicalizando, el elemento democrático que el derecho de los «Estados democráticos de derecho» también comporta. Resulta así que no hay Estado de derecho sin democracia radical, es decir, que sólo por vía de democracia radical cabría rehacer la vieja idea liberal de Estado de derecho e imperio de la ley. A los paradigmas que representan la concepción liberal del derecho y la concepción del derecho ligada al Estado social, ambos en pugna en el interior del derecho positivo de los Estados democráticos de derecho de hoy, Habermas les propone recogerse, superarse y reconciliarse en un «paradigma procedimental del derecho».

Como última parte de este libro podemos considerar la compuesta por los capítulos segundo y primero, que llevan respectivamente por título: «Concepciones sociológicas del derecho y concepciones filosóficas de la justicia» y «El derecho como categoría de la mediación social entre facticidad y validez». *Una teoría de la justicia* de J. Rawls y la sociología sistémica del derecho de N. Luhmann o procedente de N. Luhmann, que Habermas somete en este capítulo a una disección crítica, se convierten para Habermas en ejemplo de dos unilateralidades típicas (a las que habría que añadir como otra importante unilateralidad típica una teoría universitaria del derecho o «legalidad», fragmentaria, con muy importantes desarrollos y contribuciones en la actualidad, pero en conjunto casi en disolución cuando se la mira desde la vieja predominancia de las fuentes clásicas que tiene en Kelsen, Hart, etc.) que habría que unificar, pero, naturalmente, no de cualquier forma. En el capítulo I se expone la perspectiva de esa posible unificación. El proceso social no es lo que es sin coordinación lingüística de la acción, ni, por tanto, sin autoin-

terpretación en el medio que representa esa coordinación. No es posible la coordinación lingüística de la acción sin que los actores al hablar pretendan validez para lo que dicen ni, por ende, sin que pongan a la vez en perspectiva la posibilidad de una resolución argumentativa de esas pretensiones de validez que, por supuesto, se refieren también a la corrección normativa de las expectativas generalizadas de comportamiento (normas) en las que dicha coordinación se articula. Pero precisamente por eso, resulta que, por un lado, no es posible el orden social sino mediante coordinación lingüística de la acción; mas, por otro lado, el no poder hablar sino pretendiendo una validez que puede aceptarse o rechazarse, representa una segura ruina de cualquier asomo de orden. Así, pues, «ni contigo ni sin ti». El mecanismo de coordinación de la acción que representa el lenguaje introduce en la propia empiria social una tensión, que, desde un punto de vista funcional, por ser ella misma una fuente sistemática de desorden, ha de quedar elaborada y estabilizada mediante mecanismos diversos. El derecho positivo moderno es uno de esos mecanismos, tan inverosímil como sorprendente; limita estrictamente la necesidad de acuerdo en la interacción corriente sustituyéndola por la posibilidad de apelar en todo momento a normas coercitivas a las que el destinatario queda sujeto sin posibilidad de cambiarlas, a la vez que en el plano de la producción del derecho deslimita por entero la posibilidad de desacuerdo (y, por tanto, de introducir cambios en las normas de primer orden) sometiéndola a la vez a una estricta regulación reflexiva que, por tanto, prevé (dejándolo libre a la vez que regulándolo) incluso el desacuerdo que verse, no ya sólo sobre las normas de primer orden, sino sobre esa misma regulación reflexiva; también la Constitución puede cambiarse conforme a derecho; ello suscita la cuestión acerca de la naturaleza de las normas o del sistema de normas con el que todo ello es posible. El capítulo I del libro abre, pues, la perspectiva en la que es posible una coordinación entre filosofía política, sociología del derecho y teoría del derecho y lo hace situando la teoría del derecho de Habermas en el contexto de su *Teoría de la acción comunicativa*. Ello explica la importancia que Habermas da a la reformulación (con que abre el libro) del concepto de «razón práctica» en conceptos de «razón comunicativa», esto es, en conceptos relativos a la dimensión de la validez que se nos abre por el mismo hecho de hablar y que, por tanto, no queda por encima de los contextos empíricos de interacción, sino que ya viene introducida en ellos como una especie de aguijón desestabilizador. En *Teoría de la acción comunicativa* se habló del derecho en la parte dedicada a Weber, en los capítulos dedicados a E. Durkheim y a T. Parsons y también en las «consideraciones finales» de la obra. De lo dicho allí sobre el derecho parte el presente libro.

Este libro contiene además un prolijo apéndice de complementos y estudios previos. La parte de estudios previos la constituyen las *Tanner Lectures* de 1986 sobre «Derecho y moral». El presente libro nació de ellas, aunque, como el lector podrá ver, no las sustituye, sobre todo a la segunda, de la que el libro se desvía considerablemente (y también sustancialmente) en lo tocante a la precisión de las relaciones entre derecho y moral; en las lecciones Habermas en cierto modo sigue entendiendo aún esa relación (a efectos de la pretensión de legitimidad del derecho) en términos de subordinación del derecho a la moral, o en términos de una complementación en la que la moral mantiene todavía la primacía normativa. En el texto de *Facticidad y validez* un mismo «principio de discurso» se diferencia en «principio moral» en caso de «legislación» moral y en «principio democrático» en caso de legislación jurídica; derecho y moral se solapan en las razones morales que intervienen en la producción legítima de una norma, no siendo las razones morales las únicas que intervienen en dicha producción; hay normas jurídicas de contenido casi exclusivamente moral, hay otras cuyo contenido moral es simplemente nulo. Eso sí, este libro puede considerarse una respuesta a la pregunta que sirve de título a la primera lección, a saber, la de cómo se estructura un sistema de derecho positivo capaz de estabilizar su propia y constitutiva inestabilidad, procedente de la conciencia cada vez más honda de su propia positividad y, por tanto, mutabilidad. La parte de complementos está integrada por dos textos. En el artículo titulado «Ciudadanía e identidad nacional» se aborda la cuestión de la relación entre los «derechos políticos» y la «nacionalidad» del «Estado nacional» en el que también el Estado democrático de derecho históricamente ha consistido y consiste; en él Habermas precisa (en correspondencia con lo reconstruido en los capítulos III y IV del libro) el conocido concepto de «patriotismo de la constitución» al que ya había recurrido en publicaciones anteriores; esta misma cuestión Habermas la ha abordado en publicaciones posteriores (como *Más allá del Estado nacional* o *Die Einbeziehung des Anderen*). El artículo «La soberanía popular como procedimiento», Habermas lo escribió con motivo del segundo centenario del inicio de la Revolución Francesa; es toda una lección de historia del pensamiento político moderno y contemporáneo, que sirve de introducción y complemento histórico a los capítulos III y IV.

2. *La «Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano» de 1789*

La presente obra de Habermas, a quien, si los «latidos del corazón de la bibliografía» no engañan, podemos considerar hoy el principal

heredero de la tradición de pensamiento hegeliano-marxiano, consuma y sella la reconciliación teórica plena, no ya sólo dubitante (ni tampoco solamente resignada o pragmática) de la izquierda intelectual europea con la idea del Estado liberal-democrático de derecho. En esa reconciliación Habermas se atiene estrictamente al principio democrático. La atenencia radical de la izquierda a este principio en el contexto de los desenvolvimientos sociales del siglo XIX fue el origen de su rechazo de la idea de «Estado de derecho» de origen liberal. Este libro de Habermas representa, pues, lo mismo que lo representó *Una teoría de la justicia* de Rawls hace veinte años, una propuesta de conciliación del elemento liberal y el elemento democrático de la modernidad política. Libros como éstos se convierten en hitos que definen una época más o menos sólida del pensamiento político y que obligan o invitan a una relectura de los clásicos.

Habermas abre el libro con una advertencia: «Si en el presente libro apenas menciono el nombre de Hegel y me apoyo decididamente en la teoría kantiana del derecho, en ello se expresa también el miedo ante un modelo (el que representa la *Filosofía del Derecho* de Hegel) que sentó una cota inalcanzable para nosotros». Y en efecto, si prescindimos de la expresión de modestia, este libro puede considerarse una reformulación de la filosofía del derecho de Kant y un retorno a ella, nacidos de forma bien consecuente desde dentro de la propia tradición de pensamiento de la izquierda hegeliana, una vuelta de Hegel a Kant a través de Marx, de la que no están ausentes Jefferson y Dewey.

Para aclararnos sobre ello consideremos la «Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano» de 1789 como expresión del contenido normativo de la modernidad política (al menos en lo que se refiere al continente europeo) y entendamos el pensamiento político de Kant, Hegel y Marx como otros tantos comentarios a la Declaración. Más que una pieza de pensamiento político coherente, la Declaración semeja un compromiso entre la tradición de pensamiento político procedente de Locke y la procedente de Rousseau. Ambas líneas chocan en el concepto de «ley» de la Declaración y lo vuelven equívoco en lo que se refiere a los criterios de legitimidad a los que la ley puede apelar. Se empieza diciendo que «los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional, comprendiendo que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre son la sola causa de la infelicidad pública y de la corrupción del gobierno, han resuelto exponer en una declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esa declaración constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sus derechos y deberes, a fin de que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, pudiendo en todo instante ser comparados con el objeto de toda institución política,

sean mayormente respetados, y a fin de que las relaciones de los ciudadanos entre sí, fundadas desde ahora en principios simples, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos». Sigue a continuación la especificación de los principios y derechos que «el pueblo constituido en asamblea nacional» se limita a «reconocer y declarar», a saber, «que los hombres nacen libres e iguales en derechos...» (art. 1), que «el objeto de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión...» (art. 2) y que «la libertad consiste en poder hacer todo aquello que no dañe a otro; por tanto, el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguren a los demás miembros de una sociedad el goce de los mismos derechos» (art. 4). Hasta aquí la Declaración no es sino expresión pura de la idea liberal básica de que a la ley le antecede una fuente de normatividad natural, un «derecho natural», que la ley ha de limitarse a encarnar, declarar y sancionar: «La ley no tiene derecho de prohibir sino las acciones nocivas a la sociedad» (art. 5), esto es, nocivas a la finalidad de ésta, que consiste en la conservación de «los derechos naturales e imprescriptibles del hombre». El resto del artículo quinto, a saber, «todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena», y, forzando quizá demasiado las cosas, también el artículo tercero, a saber, «el principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún individuo ni corporación pueden ejercitar autoridad que no emane expresamente de ella», pueden aún interpretarse en el sentido liberal de que, para evitar los inconvenientes del «estado de naturaleza» y al objeto de una mejor conservación de los derechos, se instituye por pacto una *commonwealth* en cuyo *government* se delega la facultad que en el «estado de naturaleza» cada individuo tiene de hacer valer coercitivamente sus derechos; al *government* de esa *commonwealth* compete ahora en exclusiva la función de fijar, interpretar e imponer los derechos.

Pero en el artículo sexto se introduce otra fuente de normatividad (legitimidad) completamente distinta, que no es la que representan derechos naturales e imprescriptibles que preceden a la «sociedad» política. En él se dice: «La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen el derecho de concurrir a su formación personalmente o por representantes». Huelga decir que, si ello es así, «debe ser la misma para todos, sea que proteja, sea que castigue». En relación con el artículo quinto, este artículo sexto suscita la cuestión de qué pasa con la legitimidad de la ley que pudiendo considerarse expresión de la «voluntad general», vulnere, sin embargo, derechos antecedentes a la constitución de la comunidad política. Conforme al artículo quinto debería ser nulo lo que, sin

embargo, conforme al sexto, respondería a su propio concepto y esencia. Desde este artículo sexto obtiene, a su vez, un sentido bien distinto, y ciertamente más acorde con la terminología que emplea, el artículo tercero: «El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación». Los autores de la Declaración sabían muy bien de qué estaban hablando y conocían también muy bien las fuentes de filosofía política de donde provenían los conceptos que utilizaban. De ahí las tensas y prolijas discusiones que acabaron en el compromiso entre Locke y Rousseau, que el propio título de la Declaración delata. Los autores de la Declaración sabían que por «soberanía» había que entender, conforme a la definición de Bodino, «el poder absoluto y perpetuo de una república»; «poder absoluto es el que no está sujeto a leyes»; pues «la ley es el mandato del soberano que hace uso de su poder» y que, por tanto, queda por encima de sus propios mandatos, de suerte que «bajo este poder de dar y anular la ley están comprendidos todos los demás derechos y atributos de la soberanía, porque hablando con propiedad sólo existe este atributo de la soberanía». Los autores de la Declaración sabían asimismo cómo Hobbes había radicalizado el concepto de soberanía de modo que ni la «ley de la naturaleza» ni la «ley de Dios» podían considerarse límites de la soberanía; precisamente la permanente posibilidad de ruptura de hostilidades que anidaba en la disputa de interpretaciones acerca de lo que fuera la «ley natural» y la «ley divina» se convertía a su vez en la verdadera «ley natural» que aconsejaba ella misma su autosuspensión política mediante la introducción de un «poder soberano», respecto al que ya no podía haber de verdad otro derecho que el positivo puesto e impuesto por él en orden a restablecer la paz. «El titular de ese poder es el soberano, todos los que le rodean son los súbditos». En este estado de derecho la libertad del súbdito empieza allí donde la ley del soberano calla. El Estado soberano moderno y el derecho positivo moderno nacen a la par como un solo artefacto que permite eludir una situación en la que «no puede haber seguridad para nadie (por fuerte o sabio que sea) de existir durante todo el tiempo que de ordinario la naturaleza permite vivir a los hombres». Estado moderno y derecho positivo moderno se nutren, pues, de raíces existenciales bien elementales. Así, el Estado es «el dios mortal al cual debemos bajo el Dios inmortal nuestra paz y nuestra defensa».

Rousseau redefine la libertad en términos de esta relación entre soberano y súbdito. La libertad no consiste primariamente, como dice el artículo cuarto de la Declaración, «en poder hacer todo lo que no dañe a otro; por tanto, el ejercicio de los derechos naturales del hombre no tiene otros límites que aquellos que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos» (art. 4); tampoco consiste en estarle permitido a uno todo aquello

que las leyes del soberano no prohíben; sino que primariamente consiste en aquello a que se hace referencia en *El contrato social* al señalar el problema que el contrato resuelve: «Encontrar una forma de asociación que defienda con toda la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado y por la que cada cual uniéndose a todos no se obedezca, sin embargo, sino a sí mismo», esto es, la libertad consiste primariamente en autonomía pública, es decir, en, habiendo de estar sometido a leyes, no estar sometido a otras leyes que a las que uno mismo haya podido imponerse a sí mismo junto con cada uno de todos los demás como pudiendo valer para todos y para cualquiera (y podemos interpretar con Habermas: por venir producidas en un proceso de formación de la voluntad común desarrollado en condiciones tales que el resultado de él tenga a su favor la presunción de venir respaldado por los mejores argumentos; ello presupone la «libertad comunicativa» como libertad política básica. La voluntad a la que me someto resulta ser la voluntad racional mía y, por tanto, por racional, también la voluntad de cualquiera, esto es, la «voluntad general» frente a la voluntad empírica que a cada cual, sin referencia a un proceso de argumentación y deliberación, puede acontecerle tener). En su interpretación democrática, el poder del soberano se convierte así en poder de la razón; pues la *volonté générale* es el ejercicio de la soberanía, y la ley es la expresión de esa voluntad general. Y ni hay otra fuente de normatividad, ni por razones lógicas parece que pueda haber lugar para otra (ésta es también una idea bien insistente en el presente libro de Habermas); en este punto la contraposición con la concepción liberal se vuelve así extrema, según parece. De este concepto positivo de libertad deriva, ciertamente, otro enteramente subordinado a él: «Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena» (art. 5), pero no se sigue sin más el concepto de libertad del artículo cuarto. Mas ello no quiere decir que no se siga por otra vía todo lo que ese artículo cuarto cubre. Si ello fuera así cabría reducir conceptualmente a unidad (recurriendo como único elemento normativo a la idea democrática de «voluntad general») la totalidad del contenido normativo de la Declaración. Es la idea básica del presente libro de Habermas.

El artículo once de la Declaración puede interpretarse indiferentemente, o bien desde un punto de vista liberal como derecho antecedente a la constitución de la sociedad política, o bien como ingrediente del ejercicio de la soberanía, es decir, del proceso de formación de la «voluntad general». Idea liberal e idea democrática se solapan en él: «La libre comunicación de las opiniones y de los pareceres es un derecho de los más preciosos del hombre. Todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir, estampar libremente,

salvo la responsabilidad por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley». Le precede el admirable artículo sobre la tolerancia, formulado con tal radicalidad, que se convierte en la paradoja teórica de la Declaración y, por tanto, en la paradoja teórica de la modernidad política, en una muestra de la grandeza de su autoinvención a la vez que en indicador de su fragilidad: «Nadie debe ser molestado por sus opiniones, políticas o religiosas, con tal que su manifestación no turbe el orden público establecido por la ley». Las garantías que el artículo ofrece han de hacerse extensivas («mientras ello no turbe el orden público establecido por la ley») a la propia puesta en duda de los principios teóricos en que descansa la Declaración, y en definitiva a la Declaración misma considerada como conteniendo verdades prácticas. Pero esto da un vuelco al sentido de la Declaración. En la Declaración no puede tratarse entonces de verdades, sino de una «construcción» política, no teórica, mediante la que deciden organizar su convivencia gentes que han hecho la experiencia histórica de las guerras de religión, es decir, la experiencia de que puede sucederles disentir en todas las verdades importantes y sobre todo en todo lo referente a «ultimidades». Dicho lo cual, es políticamente irrelevante que los principios contenidos en la Declaración sean verdaderos o falsos (en eso compiten con otras opiniones, políticas o religiosas, contrarias a la Declaración, por sostener las cuales —mientras no resulten en desorden público o en apología de las vulneraciones de la ley— uno, conforme a la propia Declaración, no puede ser molestado). Éste es un tema introducido por Kelsen en los años veinte en *Esencia y valor de la democracia*, suscitado de nuevo por J. Rawls en «Justice as fairness: political, not metaphysical» (comentado a su vez por R. Rorty en «La primacía de la democracia sobre la filosofía»), con el que Habermas pelea en importantes y aun decisivos pasajes del presente libro. Para comprender bien el sentido de esos pasajes el lector ha de tener claro que no se trata en ellos de una cuestión adjetiva o baladí; sino que para Habermas en ellos está en juego la idea que en sentido práctico Habermas se viene haciendo de la «condición postmetafísica» del hombre contemporáneo. El problema conceptual es éste: una consideración teórica del principio de tolerancia que quede a la altura del principio de tolerancia, o bien ha de negarse a sí misma como teoría y entenderse como una propuesta política (concerniente al modo de organizar la convivencia gentes que puede no compartan ninguna verdad), o bien, de entenderse como teoría y pretender ser verdadera, tiene que suponer que esa verdad debe ser políticamente irrelevante, pues políticamente no puede reclamar más derechos que las pretensiones de verdad contrarias. Lo que de hecho sí parece importante es que todas las concepciones habrán de distanciarse un tanto de sí mismas y de estirarse a sí mismas hasta

coincidir con las demás en un *overlapping consensus*. Es precisamente ese punto común de distanciamiento el que Habermas trata de traer justificadamente (es decir, teóricamente) a concepto para el «habitante» de la modernidad madura.

La Declaración se cierra con la admisión implícita de que los «derechos de propiedad», es decir, algunos de los «derechos inalienables e imprescriptibles del hombre», podrían quizá no ser del todo compatibles con las veleidades históricas de la «voluntad general»: «Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente justificada, lo exija evidentemente y a condición de una justa previa indemnización».

3. *La idea de un «estado jurídico» democrático*

Kant se enfrentó expresamente a esa Declaración política, haciéndole el honor de convertirla (pese a su artículo diez) en un sistema de principios teóricamente coherente. Kant proyecta así en su filosofía del derecho de *La metafísica de las costumbres* (1797) una reconciliación («en idea») de la modernidad política consigo misma en lo que respecta a sus contrapuestos ingredientes normativos. La deslumbrante precisión de las explicaciones de Kant tiene siempre un punto de inmisericordia por la que a esa modernidad, proyectada racional y utópicamente hacia delante, le quedan constantemente a la vista sus propios abismos.

Kant empieza introduciendo dos conceptos de libertad. Uno negativo, el de libertad de arbitrio: «La libertad de arbitrio es la independencia de la determinación de la voluntad respecto de impulsos sensibles», es decir, es la capacidad de actuar de suerte que también podría no haberse actuado, cualesquiera sean los motivos por los que se ha actuado; y otro positivo, el de libertad como autonomía racional: «El concepto positivo es: la facultad de la razón pura de ser ella misma práctica. Lo cual sólo puede suceder por vía de que la máxima que gobierna cada una de las acciones se sujete a la condición de poder valer como una ley general». Tras ello introduce dos clases de «leyes de la libertad» (normas) correspondientes a ambos conceptos: «Las leyes de la libertad... en cuanto que sólo se refieren a meras acciones externas y a su legalidad, llámanse jurídicas; pero si exigen también convertirse ellas mismas en los motivos de la determinación de las acciones (cosa que una ley jurídica, por la exterioridad de las relaciones que rige, no puede exigir, M.J.R.) entonces son morales; y así decimos: la concordancia con las primeras es la legalidad, la concordancia con las segundas es la moralidad de las acciones».

A continuación Kant introduce el concepto de derecho por vía de precisar ese concepto de «legalidad» o de «forma jurídica» que ya hemos visto explicar a Habermas, tomándolo de Kant. Tras subrayar que, por tanto, «en el derecho en idea» sólo puede tratarse de «la forma de la relación de los arbitrios de cada una de las partes, en cuanto que son considerados como libres en el primer sentido mencionado», concluye: «El derecho, pues, es el conjunto de la condiciones bajo las que el arbitrio del uno puede concertarse con el arbitrio del otro conforme a una ley general de la libertad», es decir, conforme a una norma general. Y el principio general del derecho es: Es de derecho toda acción, conforme a cuya máxima el arbitrio de cada uno pueda concertarse con la libertad de cualquier otro conforme a una ley general». Me hace injusticia quien obstaculiza una acción mía que tenga esa característica. Este orden externo, por ser externo, es un orden esencialmente coercitivo. Ello no debe entenderse en el sentido de que «el derecho pueda pensarse como compuesto por dos piezas, a saber: la obligación conforme a una ley y la facultad de aquel que vincula a otro mediante su arbitrio, de imponerle coercitivamente aquello a que el otro queda obligado, sino que el concepto de derecho puede ponerse directamente en la posibilidad de asociar la mutua coerción general con la libertad de todos y cada uno... el derecho se basa, pues, en el principio de la posibilidad de una coerción externa que sea compatible con la libertad de todos y cada uno según una ley general», esto es, las reglas jurídicas establecen condiciones de coerción «bajo las que el arbitrio del uno puede concertarse con el arbitrio del otro» conforme a una norma general. Como había sugerido escandalosamente Mandeville en *La fábula de las abejas*, también podría organizarse como un sistema de equilibrio de fuerzas un orden justo para un pueblo de individuos, cada uno de los cuales, tomado de por sí, fuera un diablo; el orden externo de la libertad tiene un importante lado de obra de mecánica social, de suerte que, pese a toda la buena voluntad de los individuos, ese orden corre el riesgo de venirse abajo si no es consistente en ese sentido mecánico. Del principio general del derecho así explicado, Kant concluye que «la libertad (la independencia respecto del arbitrio de otro que me fuerce a algo), en cuanto que sea compatible con la libertad de todos y cada uno de los demás conforme a una ley general, es el único derecho, el derecho original, que asiste a todo hombre en virtud de su humanidad». Se trata de un imperativo de la razón que Kant formula como un derecho/deber de autoafirmación: «No te conviertas para otros en simple medio, sino sé a la vez para ellos fin», «este deber se explica como obligación por el derecho de la humanidad en tu propia persona» por el lado de poder considerarse a cada cual fuente espontánea de sus acciones.

Sigue en la «Filosofía del Derecho» de Kant la sección dedicada a «derecho privado». En esa parte Kant inserta en el contexto conceptual descrito los *property rights* de la tradición liberal dando de ellos una versión mucho más abstracta que Locke, mediante el concepto de *possesio noumenon*, es decir, de mi ser dueño de algo que no estoy ocupando ni utilizando o de ser el prójimo el dueño de algo que yo indebidamente estoy ocupando o consumiendo. También esa *possesio noumenon* Kant la hace derivar de un postulado de la razón práctica, conforme al que «es posible tener cualquier objeto externo de mi arbitrio como mío; es decir, sería contraria a derecho una máxima, conforme a la cual, si se convirtiera en ley, un objeto del arbitrio hubiera de quedarse en sí (objetivamente) sin dueño (como *res nullius*)... pues de otro modo la libertad se privaría a sí misma del uso de su arbitrio en lo que respecta a un objeto de él por vía de poner a los objetos utilizables fuera de toda posibilidad de uso». A partir de este postulado, y dilucidadas las condiciones de la apropiación original, «lo mío» externo será «aquello de lo que si se me estorbase su uso, ello sería una lesión para mí, aunque yo no esté en posesión del mismo (no lo esté ocupando)». Y añade Kant: siendo esta *possesio noumenon* resultado de un postulado de la razón práctica «no debe extrañar a nadie que los principios teoréticos de lo tuyo y de lo mío se pierdan en lo inteligible y no representen ninguna ampliación del conocimiento; porque el concepto de libertad sobre el que descansan no es susceptible de ninguna discusión teorética, y sólo puede inferirse de las leyes prácticas de la razón, como un *factum* de ella..., pues, efectivamente, en el *factum* de que, aun prescindiendo de mi ocupación empírica del objeto de mi arbitrio, la razón práctica quiera ver pensada la posesión de él conforme a conceptos del entendimiento, no conforme a conceptos empíricos, sino conforme a conceptos que contienen *a priori* la posibilidad de aquella posesión, en ello radica el concepto de validez de tal concepto de posesión como de una legislación general». Y esto último implica «que tener uno efectivamente algo externo como suyo sólo es posible en un estado jurídico bajo un poder públicamente legislador» que haga efectiva la postulada «legislación general». De ello se sigue que si «ha de ser posible jurídicamente el tener alguien un objeto externo como suyo, entonces ha de estarle permitido también obligar a entrar en una constitución civil a cualquier otro con quien se le suscite una disputa sobre lo mío y lo tuyo sobre tal objeto», pues «en el estado de naturaleza puede darse ciertamente una posesión real, pero sólo provisional», es decir, «el modo de tener uno algo como suyo en el estado de naturaleza, es una posesión física que tiene a su favor la presunción de poder ser convertida en jurídica mediante unión con la voluntad de todos». En análoga situación se encuentra la coerción que yo pueda ejercer al afirmarme en una acción mía que considero de derecho. La legitimi-

dad de esa acción sólo puede ser presuntiva mientras no venga efectivamente autorizada y sancionada por una ley general; la instancia capaz de autorizar efectivamente esa coerción habrá de ser capaz también de reservarse el monopolio de la coerción legítima y de sólo consentir el ejercicio de la coerción autorizada y regulada por ella. Por tanto, la «constitución civil», «aunque su realidad sea subjetivamente contingente, es, sin embargo, necesaria como deber».

Del «derecho privado en estado natural» se sigue, pues, «el postulado del derecho público, que dice así: en tu situación de una inevitable convivencia con todos los demás, debes salir de aquel estado natural y pasar a un estado jurídico, es decir, al estado de una justicia distributiva». Tanto en *La metafísica de las costumbres*, como en los escritos recogidos en el tomo XI de la edición de Weischedel, Kant repite con insistencia que la razón última de ser del derecho radica en la condición de «globalidad» de la existencia de los hombres en el globo terráqueo: cuanto más y más en línea recta me alejo del prójimo tratando de evitar la confrontación con él, con tanta más seguridad volveré a encontrármelo en el mismo sitio. Derecho público es «el conjunto de las leyes que necesitan ser promulgadas con carácter general para producir un estado jurídico...». Éste es, por tanto, «un sistema de leyes para un pueblo», esto es, «para una pluralidad de hombres, o para una pluralidad de pueblos, que, estando entre sí en una relación de mutua influencia o de posibilidad de actuar unos sobre otros, han menester de una constitución para participar de aquello que es de derecho. Este estado de los individuos en el pueblo, en su relación mutua, se llama *status civilis*, y el conjunto de ellos en relación con sus propios miembros (esto es, con los propios miembros de ese conjunto) se llama Estado (*civitas*), el cual, por su forma, ha de considerarse trabado por el interés común en estar en un estado jurídico y por eso se llama *res publica*, pero en relación con otros pueblos se llama *potentia*, la cual por tratarse también de una unión supuestamente heredada se llama una *gens* o *natio*; y, por tanto, bajo el concepto general de derecho público, no sólo hay que pensar el derecho estatal sino también el derecho de gentes; y ambos, por ser el globo terrestre no una superficie sin límites sino una superficie que se cierra sobre sí misma, conducen inevitablemente a la idea de un derecho estatal de gentes, es decir, de un *ius gentium* en el sentido de un *ius cosmopoliticum*, de suerte que, si entre estas tres posibles formas de estado jurídico, en alguna de ellas se echa en falta el principio de restringir la libertad externa mediante leyes generales de la libertad, quedará inevitablemente minado el edificio de las dos restantes y al cabo se arruinará». La razón de esta última consideración de Kant es obvia. La legitimidad del ejercicio del derecho universal de libertad, esto es, del único derecho que asiste al hombre en virtud de su humanidad, sólo pue-

de ser presuntiva mientras no se tornen efectivas las leyes generales a que en su formulación se hace referencia; como Kant da por obvio que la garantía de ese derecho no puede suministrarla un único «derecho estatal», es decir, el derecho de un Estado universal, habrá de quedar asegurada (de forma tanto más urgente cuanto más densa se vuelve la condición de globalidad de la existencia) por una articulación de derecho estatal (de sistemas jurídicos estatales), de *ius gentium* y de *ius cosmopoliticum*, organizada de suerte que pueda considerarse expresión política de una cierta voluntad concordante y unida de los hombres en común.

Pues, en efecto, tras recordar que «todo Estado tiene en sí tres poderes separados, es decir, (que) su voluntad general unida la tiene en una triple persona: la soberanía en la persona del legislador; el poder ejecutivo en el gobernante o príncipe; y el poder judicial (como reconocimiento de lo suyo a cada uno conforme a la ley) en el juez» («igual a las tres proposiciones de un silogismo racional práctico»), Kant pasa a dar su famosa explicación del poder legislativo: «El poder legislativo sólo puede convenir a la voluntad unida del pueblo. Pues como de este poder ha de dimanar todo derecho, mediante su ley se ha de poder no hacer injusticia absolutamente a nadie. Pues bien, cuando alguien dispone algo sobre otro, siempre es posible que le haga injusticia, pero nunca cuando alguien dispone algo sobre sí mismo (pues *volenti no fit iniuria*). Así, pues, sólo la voluntad concordante y unida del pueblo, en tanto que cada uno sobre todos y todos sobre cada uno deciden lo mismo, puede ser legisladora». Si llamamos a esto «principio democrático», resulta que el «principio democrático» es parte del «principio del derecho», pues es una especificación del contenido de aquella referencia a una ley general, que el «principio del derecho» incluye. No coincide ciertamente con el «principio moral», pues sólo se refiere a leyes que regulan «relaciones externas», y en tal caso (a diferencia de lo que ocurre en la moralidad) la actuación exigible es la actuación conforme a ley, pero no necesariamente «por respeto a la ley», y además esas leyes (por lo menos las sólo contenidas en el derecho estatal) solamente tienen un ámbito de validez restringido. Pero sí ocurre que en el punto que representa el principio democrático, el «principio del derecho» no sólo queda plasmado en el sistema jurídico, sino que queda reflexivamente internalizado por el sistema jurídico, por cuanto que el sistema jurídico, conforme al concepto mismo de derecho, ha de institucionalizar mecanismos y procedimientos mediante los que pueda formarse la voluntad concordante y unida de todos que se exprese en una ley general. Una cosa, sin embargo, es clara: al instituto jurídico que son los mecanismos y procedimientos de formación de esa voluntad común les viene dado de antemano por imperativo de la razón el qué, es decir, el cometido en el que ha de

centrarse esa voluntad común o sobre el que ha de versar la formación de esa voluntad común que se expresa en la ley, a saber, el de compatibilizar la libertad externa de cada uno con la libertad de todos y cada uno de los demás sin más condición que la de maximizar esa libertad, porque, siempre que pueda darse compatibilización de arbitrios conforme a una ley general, toda restricción añadida es evidentemente indebida. A efectos de legitimidad del ejercicio de su poder, el «soberano jurídico en idea» no es, pues, autónomo. Al igual que en la «Declaración universal de los derechos el hombre y del ciudadano», también en la teorización que de ella hace Kant se perfilan dos focos de legitimidad, a saber: el derecho original de libertad y el principio democrático; pero para Kant vienen articulados y mediados por un único imperativo de una misma razón, el cual es exactamente el mismo que el de la moralidad, sólo que aplicado a «relaciones externas». Ésta es la sutil conciliación (y reducción a la unidad de una misma razón práctica) que Kant establece entre los elementos de la Declaración, sin disminuir ni un ápice la complejidad de ésta.

Carl Schmitt muestra en su *Teología política* (repitiendo a Donoso Cortés) cómo los conceptos políticos básicos, precisamente los conceptos políticos modernos (típicamente el concepto de soberanía) acaban exhibiendo enseguida su procedencia teológica. Una experiencia conceptual análoga hace también Kelsen al haber de introducir su concepto de «norma fundamental» (tal como lo explica en la sección quinta de su *Teoría pura del derecho* o en el capítulo 59 de su *Teoría general de las normas*); el sentido subjetivo del acto de voluntad de poner una norma es también su sentido objetivo, es decir, consiste efectivamente en la posición de una norma, si ese acto viene autorizado por otra norma. Si ello es así, el acto de voluntad de poner la «primera norma», es decir, el acto de voluntad de poner la «primera constitución histórica», para poder tener efectivamente el sentido objetivo de establecer legalidad, lógicamente hubo de venir autorizado por una norma, la *Grundnorm*, la «norma fundamental», la cual ya no podría ser el sentido objetivo de ningún acto de voluntad, puesto que las normas constitucionales son las últimas. La «norma fundamental» es, por tanto, una ficción contradictoria con el concepto de norma, pero de ella pende la autoridad del derecho como derecho, de ella pende la «legalidad» del derecho. Diría... que, en sentido lógico, «toda autorización jurídica viene de Dios», no en el sentido de que la divinidad, en sus actos de poner normas, no hubiese de ser autorizada también por una fingida «norma fundamental» («deben obedecerse los mandatos de la divinidad» sería la «norma fundamental» de un orden moral religioso, concebido desde luego más bien a modo de un orden de derecho positivo, ya no puesta por Dios), sino en el sentido de que,

al igual que la divinidad, también la fuente de autorización jurídica que parece venir implicada por el concepto de norma, escapa a la vez a ese concepto, con lo cual esa fuente de autorización jurídica parece resultar a su vez inescrutable (en sentido jurídico). Hay un instante lógico en el que los conceptos políticos y jurídicos modernos, en la soberana abstracción que les caracteriza, se mueven en el más puro vacío, brotan de un puro *fiat*, y sólo así resultan prácticamente operantes.

En una situación análoga se ve Kant en lo tocante al lado (no del concepto de «legalidad» positiva, sino) de «legitimidad» del derecho, que es de lo que principalmente tiene que tratarse en una consideración del derecho, no en abstracto, sino «en idea». La ley es expresión de la «voluntad general», es decir, de «la voluntad concordante y unida del pueblo». Preguntémonos por quién es el «pueblo» (o incluso si se quiere: por quién es el «pueblo francés» que en la Declaración de 1789 se presenta «constituido en asamblea nacional» reclamando su propia condición de soberano, usurpada por el soberano monárquico). Por de pronto, el «pueblo» es la multitud reunida por un poder soberano en su efectiva capacidad de dictar e imponer leyes a destinatarios que pueden operar unos sobre otros; es lo que hemos oído decir a Kant. Y Kant extrae de ello una consecuencia obvia: «En sentido práctico el origen del poder supremo es inescrutable para el pueblo que está sujeto a él: es decir, el súbdito no puede ponerse a especular con intención política sobre él como sobre un derecho que pudiera ponerse en tela de juicio en cuanto a la obediencia que le debe. Pues el pueblo, para poder actuar con fuerza de ley sobre el *summum imperium*, ha de poder ser considerado ya como unido bajo una voluntad legisladora general y, por tanto, no puede juzgar sino como el actual *summus imperans* quiere, es decir: si en el origen se dio un verdadero contrato de sumisión como un *factum*, o lo que antecedió fue la violencia, y la ley sólo vino después, o las cosas sucedieron precisamente en ese orden: estas cosas son para el pueblo, que ya está bajo leyes civiles, asuntos cuya averiguación no tiene objeto alguno; pues si el súbdito que hubiese averiguado el origen último, quisiera oponerse a la autoridad ahora suprema, habría de ser castigado y eliminado conforme a las leyes de ella, es decir, con todo derecho, como un "sin ley"... Una ley que es tan santa, que, en sentido práctico, el sólo ponerla en duda, es decir, el suspender un instante su efecto es ya un delito, nos la estamos representando como si no procediese de los hombres, sino de un legislador supremo que quedase por encima de toda duda, y éste es el sentido de la frase: *Omnis auctoritas a Deo*, la cual no expresa un fundamento histórico de la constitución civil, sino una idea como principio práctico de la razón: el de obedecer al poder legislativo ahora existente, sea su origen el que fuere».

Pero diríase que éstas son consideraciones suscitadas por el escalofrío que en alguien que había sido súbdito de Federico el Grande de Prusia tenía que producir la «ejecución formal» de Luis XVI por mano de sus súbditos (un «crimen inexpiable», un poner cabeza abajo la idea misma de «estado jurídico»). Dejémonos invadir por el mismo escalofrío y admitamos por un instante con Kant que «un cambio de la constitución estatal (defectuosa), que muy bien puede ser necesario, sólo puede ser emprendido por el soberano mediante reformas, no por los súbditos, y, por tanto, no mediante una revolución... pues eso sería convertir al pueblo, que, como pueblo, sólo tiene su existencia por la legislación del primero, en soberano de aquél, es decir, en soberano de su soberano». Así se han entendido casi siempre estas consideraciones de Kant. Pero erraríamos la cuestión de principio que Kant está tocando, si nos quedásemos en esta interpretación. Para verlo, hagamos primero una comparación entre tipos posibles de soberano: «La forma autocrática de Estado es la más sencilla, es la relación de uno (el monarca) con el pueblo, es decir, en la que sólo uno es el legislador. La forma aristocrática se compone ya de dos relaciones, la de los notables (como legisladores) entre sí, para formar el soberano, y después la de este soberano con el pueblo. La democracia es la forma de Estado más compuesta de todas, pues se trata en ella de unir primero la voluntad de todos para hacer de ello un pueblo, después la de los ciudadanos para formar una *res publica*, y después de anteponer a esta *res publica* el soberano, el cual es esta voluntad unida misma». Después procedamos a hacer todas las revoluciones que sean necesarias hasta alcanzar la forma democrática de Estado; pues resulta que para Kant, por un lado, «una vez que ha triunfado una revolución y se ha fundado una nueva constitución, la ilegalidad del comienzo y de la imposición de la misma... no puede eximir a los súbditos de obedecer a aquella autoridad que ahora tiene el poder...» y, por otro, es a esa forma democrática (Kant dice «republicana») de régimen político a la que obviamente (por el propio espíritu del «pacto original», esto es, del acto de constitución de un «estado jurídico» abandonando el estado de naturaleza, o mejor, por el propio espíritu de la idea que hay que hacerse del pacto original como cumplimiento de un mandato de la razón) todo «estado jurídico» aspira: «Ese espíritu contiene la obligación del poder constituyente de acomodar la forma de gobierno a esa idea y, si ello no puede hacerse de una vez, de cambiarla gradualmente, a fin de que llegue a concordar con la única constitución de verdad conforme a derecho, a saber, la de una república pura, y a fin de que todas aquellas formas empíricas que sólo tenían por fin tener siempre convertido al pueblo en súbdito, queden disueltas en la constitución originaria y racional, en la cual sólo la libertad se convierte en principio, e incluso en condición, de toda la coerción que

es menester para tener una constitución en el sentido genuino de Estado... Ésta es la única constitución estable, en la que la ley es el único *imperans*, sin depender de persona alguna; éste es el objetivo final de todo derecho público, el estado sólo en el cual cada uno recibe perentoriamente lo suyo; mientras tanto... a la sociedad civil sólo cabe atribuirle un derecho interno provisional, pero no un estado absolutamente jurídico (un estado en que el derecho se ajuste a su idea, M.J.R)... toda verdadera república ni es ni puede ser otra cosa que un sistema representativo del pueblo, para en nombre de él, mediante todos los ciudadanos unidos, a través de sus diputados, cuidar de sus derechos... (aquí) el soberano es el pueblo mismo, pues en él se encuentra originalmente el poder supremo, del que han de derivarse todos los derechos de los individuos como simples súbditos... y sólo esa voluntad general y común es el fundamento y base de todos los contratos públicos». Pues bien, es precisamente llegados a este punto cuando podemos hacernos cargo del alcance de la tesis de Kant de que el origen del poder soberano «es inescrutable en sentido práctico». El origen histórico de la composición de un concreto «pueblo soberano» será por lo general una historia de violencia o de una serie de actos de violencia. Pero, pese a ser producto de la violencia, la fuente del derecho, el pueblo soberano (en el estar sometido a las leyes que él mismo se da, y en el dárselas) tiene que ignorar («en sentido práctico», no ciertamente como lección histórica) la violencia de la que es producto, a fin de poder gestionar conforme a criterios de libertad y de justicia política la diferencia y diversidad de la que se halla compuesto, e incluso para gestionar conforme a esos criterios su propia autodisolución; invocar otros criterios por encima de ellos sería el no-derecho, la barbarie, revelándose así el derecho como el intento de poner razón en la violencia con que la historia nos abruma. El «pueblo» jurídico, el reunido por el soberano con independencia de «eticidades históricas», no puede admitir nada por encima de él en esa su positividad con que históricamente da consigo como soberano. Dicho de otro modo: si, en el origen, el poder soberano no consentía ser excrutado o puesto en cuestión, por su capacidad de aplastar mediante su derecho a quien osara cuestionarlo, al final el diferenciado soberano republicano quizá siga teniendo aquella misma capacidad de imponerse, pero se ha racionalizado prácticamente hasta el punto de que todo cuestionamiento, para quedar normativamente a la altura del soberano, habrá de efectuarse en términos republicanos, es decir, conforme a los principios de la constitución republicana vigente, esto es, conforme a los mismos principios que constituyen al soberano, de modo que la concreta validez de esos principios es ahora la validez de la facticidad con aquel origen, y toda otra facticidad que quiera cuestionarla conforme a otros principios que los de ella, que-

da normativamente por debajo de ella. Habermas roza de paso esta relación entre facticidad y validez en el tránsito de la tercera a la cuarta categoría de derechos y la aborda en el artículo sobre «Ciudadanía e identidad nacional»; de haberse decidido por un tratamiento más explícito de ella en los capítulos III y IV, quizá se hubiera vuelto también más explícita en ellos la temática de Hobbes, Carl Schmitt, o Foucault. En el sentido normativo genuino, es decir, no relativizable, el hombre moderno no tiene otra patria histórica que la abstracta articulada por la autonomía ciudadana y los derechos individuales; así introduce expresamente Kant el capítulo dedicado al «derecho de gentes».

Si se tiene presente que la fuente del derecho en cuanto efectivamente sancionado e impuesto es el poder soberano del Estado, resulta que en lo que respecta a la idea de un *ius gentium* la situación es la siguiente: «*a*) Que los Estados mismos en sus relaciones externas entre sí están por naturaleza en un estado no jurídico; *b*) que ese estado es un estado de guerra (del derecho del más fuerte), aunque no sea de guerra efectiva ni de hostilidades permanentes... pues ocurre que en el estado de naturaleza entre los Estados el derecho a la guerra es el modo como un Estado persigue mediante su propio poder su derecho frente a otro Estado, cuando se cree lesionado por él». Por tanto, «el derecho en el derecho de gentes no puede ser sino el derecho en la guerra, siendo la mayor dificultad el hacerse siquiera un concepto de ello y el pensar una ley en este estado sin ley (*inter arma silent leges*) sin contradecirse uno a sí mismo. Ese concepto habría de ser el siguiente: hacer la guerra conforme a aquellos principios según los que siempre quede abierta la posibilidad de salir de ese estado de naturaleza entre los Estados (en la relación externa entre ellos) y entrar en un estado jurídico...». Pues, en efecto, conforme al mandato categórico de la razón, «el estado de naturaleza entre los pueblos, lo mismo que entre los individuos, es aquello de lo que se debe salir para entrar en uno jurídico...», y ello formando quizá un *Völkerstaat*, un «Estado de pueblos», el cual sería, o bien simplemente un Estado y, por cierto, un único Estado, o bien una especie de supraestado; lo segundo es también un concepto paradójico, pues implica la idea de una suprasoberanía que, para Kant, es en sí un concepto simplemente contradictorio; y en cuanto a lo primero: como resulta que «si el Estado de pueblos es muy extenso, el gobierno de él y por tanto la protección de cada uno de sus miembros (Estados) acaba haciéndose imposible...», no cabe pensar sino «en una federación de pueblos conforme a la idea de un contrato social original»; «tal federación no constituye un poder soberano, sino una sociedad de iguales, que en todo momento puede denunciarse y que, por tanto, habrá de ser renovada de cuando en cuando». De lo cual se sigue que «la paz perpetua es ciertamente una idea

irrealizable... pero los principios tendentes a ella... sí que sean quizá susceptibles de realización aproximativa».

El derecho estatal y el derecho de gentes no cubren todo el ámbito del derecho público, queda todavía la idea del derecho concerniente a la esfera del tráfico económico y social cosmopolita en el mundo-sociedad, que Kant introduce mediante un concepto de globalidad que quita bastante de su dramatismo al «estado de naturaleza» abandonable-inabandonable en que se hallan entre sí los Estados. Esa idea se refiere a derechos reales de libertad, que si en las consideraciones sobre derecho privado antecedían al derecho estatal que había de plasmarlo en leyes generales, ahora resulta que también exceden al derecho estatal: «La idea de una comunidad pacífica, aunque no ciertamente amistosa, de todos los pueblos sobre la Tierra, no es una idea filantrópica, sino un principio jurídico. La naturaleza los ha encerrado a todos dentro de ciertos límites (a causa de la forma esférica de su residencia, el globo terráqueo), y como la posesión del suelo sobre el que un habitante de la Tierra puede vivir, sólo puede pensarse como posesión de una parte de un todo determinado, es decir, como una posesión a la que todos por principio tienen un derecho original, resulta que todos los pueblos están en una comunidad de suelo, aunque no en una comunidad jurídica de posesión, ni, por tanto, de uso y propiedad del mismo, pero sí de posible interacción física (*commercium*), es decir, en la situación en la que cada uno puede ofrecerse a los demás para traficar entre sí, y tienen derecho a llevar esa posibilidad a la práctica, sin que nadie tenga derecho a recibir al de fuera como si se tratase de un enemigo. Este derecho, en lo que respecta a la posible unión de todos los pueblos en lo tocante a ciertas leyes generales del posible tráfico entre ellos, podemos llamarlo *ius cosmopoliticum*... Los abusos que puedan producirse (que por la condición de globalidad, aunque sucedan en una parte del mundo se hacen sentir enseguida en todas) no pueden eliminar el derecho del "ciudadano de la Tierra" a intentar la comunidad con todos y a visitar a tal fin todas las regiones de la Tierra, aunque ello no le dé derecho a aposentarse en el suelo de otro pueblo, para lo cual puede ser menester un contrato particular».

4. *La irreconciliabilidad de la modernidad política*

Es esta idea de «estado jurídico» interpretatable como realización aproximativa de la idea de «paz perpetua» la que salta hecha pedazos en la *Filosofía del Derecho* de Hegel. La modernidad política aparece aquí como devenir catastrófico que políticamente no es susceptible de reconciliación interna ninguna. Hegel no habla del derecho en idea, sino del derecho efectivamente existente, del derecho

de verdad vivó por cuanto que, a la altura de su tiempo, opera consciente de la idea de lo que de verdad el derecho es y opera también de acuerdo con esa idea. Y precisamente en esa su existencia real, aquello a lo que el derecho da articulación es algo que se asemeja al devenir de una catástrofe. Respecto a ese devenir considerado en conjunto, la única reconciliación global con él, en la que cabe pensar, también para el participante (ayudado por el filósofo), consiste en asomarse contemplativamente al teatro de la historia universal para convencerse de la razón que asiste a Dios o al espíritu de un mundo político y social irreconciliable; ello sólo acaece al descubrirse y saberse a sí mismo ese pensamiento en su necesidad como el pensamiento de Dios, en el que el mundo y la razón del mundo consisten; ello sólo acaece en la *theoría* en el sentido enfático de ésta, por el que la vida teórica se convierte en participación humana de la vida del *theós*. La salvación del mundo consiste en la salvación respecto al mundo, la cual consiste, pues, en saber interpretarlo, no en cambiarlo acomodándolo a su «idea» en el sentido de un supuesto «deber-ser» de ese mundo, que proyectase a éste racional o utópicamente por encima de sí.

Lo que se institucionaliza con los derechos subjetivos, es decir, lo que se vuelve existente con ellos, no es una idea negativa de libertad, sino la explosiva negatividad en que la libertad de los modernos consiste. Hegel empieza rechazando de plano para esos derechos la denominación de «derechos naturales» o de «derecho innato que convenga al hombre en virtud de su humanidad», que considera aberrante. Se ocupa más bien de qué es lo que se hace valer en la positivación de tales derechos, y ello de forma irresistible e irreversible pese a todos los intentos de restauración contrarrevolucionaria del orden antiguo. Esos derechos son el haber saltado hecho pedazos mediante la reflexión ese orden antiguo que ya es tan irrecomponible, como inevitable (Hegel tiene ya tras de sí el historicismo de Herder y en parte tiene también tras de sí el pensamiento de la contrarrevolución) es la positivación de los derechos de libertad, es decir, como inevitable es el cobrar la subjetividad y reflexión modernas existencia social y política. Cuando las cabezas se ven reflejadas en lo que piensan un Lutero, un Descartes, un Locke, el mundo simplemente es otro, y si aún no lo es, se muestra «con dolores de parto» que no pueden sino terminar en la criatura que fue la Revolución. Ese mundo ha nacido ya, y no tiene vuelta atrás. Y así, Hegel define los derechos en términos de reflexividad existente, de retracción abstracta sobre sí y de negatividad. El «derecho abstracto... es la voluntad que se refiere a sí misma en su pureza... es la negatividad absoluta refiriéndose a sí misma... Cuando se dice que el primer principio de la libertad es que los hombres son todos iguales entre sí, ello es enteramente correcto. Sólo que los hombres no son igua-

les por naturaleza, sino sólo en la libertad». «Este principio de la voluntad autónoma, en sí infinita del particular, este principio de la libertad subjetiva, que internamente nació con la religión cristiana y externamente, es decir, vinculado con la universalidad abstracta, nació en el mundo romano, no puede hacer valer todo su derecho en la forma sustancial del espíritu real que representó la *polis* antigua. Este principio es históricamente posterior al mundo griego, como también es posterior a la idea sustancial de la eticidad griega la reflexión filosófica que se sumerge a esa profundidad». Ese principio de la voluntad autónoma es el que define, y se hace valer en, lo que llamamos época moderna y el que disuelve toda sustancialidad que no esté a la altura de esa reflexividad y quizá simplemente toda sustancialidad. Y ese principio dice que «al ser yo libre, no hay exterioridad que pueda valer contra mí. Yo puedo abstraer de todo lo demás. La libertad del espíritu es el concepto absoluto mismo, el absoluto saberse en el que todo lo demás ha perdido consistencia, en el que cualquier otra consistencia se ha ido a pique. El que la libertad, la *eleuthería*, hubiera de considerarse como *ethos* y sustancia, eso es una consideración que pertenecía a la filosofía anterior. Todas las figuras anteriores se disuelven como resultado del espíritu libre en este sentido. Así, pues, cuando, como sujeto individual, vengo a pelear con las cosas externas, esta relación desaparece por entero en mi libertad. Se produce aquí una pura expansión en medio de un puro éter». Esta libertad, al haber de compatibilizarse en su abstracción con las demás libertades, a las que esa abstracción no puede sino considerar iguales a ella misma, no tiene más remedio que inventar la «forma jurídica», o mejor aún: en su existencia es ya esa misma forma, como la forma de leyes «que han de ser las mismas para todos, sea que protejan, sea que castiguen» y que sólo pueden tener esa libertad y no otra cosa por asunto y tema.

4.1. *La «eticidad perdida en sus extremos»*

La negatividad de la libertad moderna que cobra existencia en los derechos modernos de libertad significa la destrucción sistemática de todo lo sustancial, incluso hasta el desenraizamiento y la insustancialidad (FdD, § 185); consecuencia de esa negatividad en su desarrollo es la increíble movilización de la existencia moderna, su estar siempre en el aire (FdD, §§ 185 ss.). Pero junto a eso Hegel subraya también otro lado de lo mismo (FdD, § 184, § 299) en el que se ha venido insistiendo de Marx a Parsons, pasando por Simmel, Weber, Lukács, y también por Horkheimer y Adorno; también *Teoría de la acción comunicativa* de Habermas insiste en ello con otro lenguaje y a su modo. Se trata de la correspondencia estructural entre la libertad e igualdad modernas entendidas como negatividad,

el derecho positivo moderno, y el desatamiento de la «lógica» del medio abstracto de regulación que representa el dinero y de la «lógica» del medio abstracto de regulación que representa el poder político-administrativo. Esa correspondencia permite a estos dos medios cobrar mediante el derecho positivo una estructura autorreflexiva de tal complejidad en las funciones que ejercen, la cual permite tan inaudito grado de complejización y objetivización de los procesos sociales regulados por esos medios, que esos procesos se vuelven inabarcables para los sujetos, anonimizándose. Los sujetos ven ambivalentemente confirmada en ese completo fuera-de-sí la infinita negatividad de la retracción abstracta sobre sí en que su libertad consiste; cuanto más sujeto es el sujeto, tanto más fuera de él deja al objeto; digo «ambivalentemente confirmada», porque diríase que los sujetos se ven empujados a los márgenes de un proceso social que funciona como una especie de segunda naturaleza (cf. Hegel, Rph, §§ 189 ss.). Basten para aclararnos sobre esta cuestión dos citas de la *Filosofía del dinero* de G. Simmel. «También la economía comienza con una indistinción del lado personal y del lado objetivo de la prestación económica. Pero esta indiferencia inicial se va dividiendo gradualmente hasta convertirse en oposición; el elemento personal se retrae cada vez más de la producción, del producto, de las transacciones. Este proceso desata la libertad individual... Sólo al desarrollarse la economía y alcanzar ésta su plena extensión y complicación y convertirse en el sistema de internas e infinitas dependencias que la constituye, se produce esa dependencia de los hombres entre sí que, al excluir el elemento personal, remite al individuo a sí mismo y le obliga a cobrar una conciencia más positiva de su libertad que la que podría suministrarle la más completa ausencia de relaciones. El dinero es el portador absolutamente apropiado de tal estado de cosas; pues el dinero establece relaciones entre los hombres, pero deja a los hombres fuera de ellas; el dinero es un equivalente exacto de la prestación económica de que se trate, pero completamente inadecuado para lo individual y personal en ella: lo estrecho y denso de las dependencias que el dinero funda, constituye (para una conciencia sensible a las diferencias) el trasfondo sobre el que empieza resaltando y diferenciándose de él la personalidad y la libertad de los hombres». «El dinero, por un lado, a causa de su infinita flexibilidad y divisibilidad, hace posible esa pluralidad de relaciones económicas... Si toda relación entre los hombres consta de elementos de aproximación y elementos de distancia, entonces la independencia es una relación en la que los últimos se han convertido en un máximo... La cuestión es cuál es la configuración social más favorable de ambas clases de elementos para provocar la independencia tanto en su aspecto de hecho objetivo como por su lado de conciencia subjetiva. Tal situación se da cuando se produce una densa red de relaciones

entre los hombres de las que está excluido el elemento personal; una densa red de influjos que se ejercen de forma enteramente anónima; una densa red de determinaciones sin prestar atención a quienes afectan. Tanto la causa como el efecto de tales dependencias objetivas en las que el sujeto como tal es libre, radican en la intercambiabilidad de las personas... No el vínculo en general, no la ligadura como tal, sino la ligadura a un determinado señor es el polo opuesto a la libertad... independiente en el sentido positivo de la palabra es el hombre urbano moderno, el hombre de las grandes ciudades, que ciertamente necesita todo un ejército de proveedores, trabajadores y colaboradores y que depende absolutamente de ellos, pero sólo guarda con ellos una relación absolutamente objetivizada, una conexión sólo mediada por el dinero, de suerte que no depende de ninguno de ellos como de esa persona determinada, sino sólo del trabajo que objetivamente le hacen, equivalente a una determinada cantidad de dinero, trabajo que no es menester se lo haga nadie en concreto, sino que se lo pueden hacer cualesquiera personas sustituibles unas por otras, lo mismo que él es sustituible por cualquier otro para los demás». Hasta aquí Simmel. Esto es lo que en la *Filosofía del Derecho* de Hegel (§ 184) se llama «la eticidad perdida en sus extremos» («La idea en esta su escisión otorga a sus dos momentos, a saber: el momento subjetivo y el momento objetivo, existencia independiente; a su momento subjetivo, es decir, al individuo, el derecho a desarrollarse y moverse en todas direcciones, y al momento objetivo, es decir, a la totalidad en conjunto, el derecho a revelarse como el fundamento del individuo, como poder sobre él y como fin último de él»), que no ha solido gozar de mucho prestigio entre los representantes de la tradición de pensamiento hegeliano-marxiana. Sin embargo, esa «eticidad perdida en sus extremos» parece condición de la libertad negativa moderna, o mejor: es la misma libertad negativa moderna. Añadamos que consideraciones análogas a las de Simmel pueden encontrarse en las explicaciones de T. Parsons sobre el dinero y sobre el código «poder político-administrativo».

4.2. *Los «derechos del hombre» y la «sociedad civil»*

Pero ese escaso prestigio no significa que en la tradición de pensamiento hegeliano-marxiano tal «pérdida de la eticidad en sus extremos» no haya quedado siempre en primer plano como punto de partida de una teorización ofensivamente vuelta contra toda clase de mistificaciones. En un rincón de *La Sagrada Familia o Crítica de la Crítica crítica* se refiere Marx de forma detallada y prolija a este tipo de lazo social anónimo (el depender todos de todos sin depender nadie personalmente de nadie ni del acuerdo con nadie) que, según Simmel, viene creado por la abstracción y la sustituibilidad

general que se produce al convertirse cada cual a través de la abstracción del dinero en «el puente entre una necesidad del otro y el objeto que satisface esa necesidad». Ese anónimo, inaprehensible y, sin embargo, bien denso lazo es «el que mantiene unidos a los miembros de la sociedad civil; la vida civil y no la política es su vínculo real. Es esto, y no el Estado, la *polis*, lo que mantiene unidos a los miembros de la sociedad civil. Sólo la superstición política se sigue imaginando hoy en día que la vida civil hubiera de recibir del Estado su consistencia y cohesión. Sucede más bien que es el Estado el que recibe su cohesión de la sociedad civil... Robespierre, Saint-Just y su partido acabaron yéndose a pique porque confundieron la comunidad política antigua democrático-realista... con el moderno Estado representativo democrático-espiritualista. Qué equivocación tan colosal reconocer y sancionar con la "Declaración universal de los derechos del hombre" la moderna sociedad civil, la sociedad de la industria, de la competencia universal, de los intereses privados que persiguen libremente su fin, de la individualidad natural y espiritual extrañada de sí, de la anarquía, y querer después erradicar las manifestaciones vitales que esta sociedad tenía en los individuos particulares, querer chapar la cabeza política de esta sociedad conforme al modelo de la Antigüedad... La Declaración proclamaba los derechos de un hombre que de ninguna manera era el hombre de la comunidad política antigua, como tampoco la economía y la industria de su sociedad son las antiguas... Tras la caída de Robespierre es cuando empezó a realizarse en términos prosaicos una ilustración política que hasta entonces no había hecho sino tratar de competir al alza consigo misma hasta volverse delirante. Bajo el gobierno del Directorio hace eclosión la sociedad civil en sus violentas y exuberantes corrientes vitales; lo que la Revolución había hecho había sido liberar a esa sociedad de las ataduras feudales, por más que el Terror hubiera querido sacrificarla al ideal de una vida política a la antigua. "Tempestad y empuje" de empresas comerciales, deseo de enriquecerse, bullir de la nueva vida civil, cuyo autogoce empieza siendo ligero, frívolo, embriagador... La sociedad civil viene positivamente representada por la burguesía. La burguesía empieza así su régimen. Los "derechos del hombre" dejan de existir puramente en la teoría y se vuelven realidad... Napoleón representó la última batalla del Terrorismo revolucionario contra la sociedad civil proclamada por la Revolución en la "Declaración de los derechos del hombre" y contra la política de la sociedad civil. Napoleón entendía ya muy bien la esencia del Estado moderno, se percató perfectamente bien de que el Estado moderno tenía por fundamento el desarrollo sin trabas de la sociedad civil. Y se resolvió a reconocer ese fundamento y a protegerlo... Pero Napoleón consideraba todavía el Estado como fin en sí y consideraba la vida burguesa sólo como su tesorero y subalterno, que no ha de tener ninguna voluntad propia. Consumó el Terrorismo al sustituir la revolución permanente por la guerra permanente... La burguesía liberal, que se enfrentó una vez más en Napoleón con el Terrorismo revolucionario, en la Restauración y en los Borbones hubo de enfrentarse una vez más con la contrarrevolución. Finalmente, en 1830 logra realizar su deseo de 1789, sólo que con la diferencia de que para entonces su ilustración política estaba ya consumada, de que en el Estado constitucional representativo no pretendía ya aspirar al ideal del Estado, ni a la salvación del mundo, ni a fines universales del hombre, sino que en ese Estado no veía ya sino la expresión oficial de su poder exclusivo y el reconocimiento político de su particular interés de clase». Hasta aquí Marx.

4.3. *«Dialéctica de la sociedad civil» y Revolución*

La idea de Hegel que Marx toma como punto de partida es que precisamente cuando esa «sociedad civil funciona sin trabas» (FdD, § 243), es incapaz de estabilizarse, precisamente a causa de la lógica y del movimiento del lazo social objetivo que le es característico. Es bien sabido cómo Hegel, basándose en las controversias Ricardo-Malthus, acaba dando la razón a Malthus, por lo menos para el plazo corto y medio; pero Hegel no toma en consideración la solución que Malthus proponía, sino que más bien la rechaza en la forma que Malthus le daba (FdD, § 245); esa solución propuesta por Malthus sería la que en los años treinta del siglo XX Keynes retomaría en su *Teoría general del interés, la ocupación y el dinero* volviéndola tanto en contra de Ricardo, como de las consecuencias revolucionarias que Marx había extraído de la crítica a Ricardo. El resultado de ello por parte de Hegel es la consideración del desenvolvimiento de esa «sociedad civil» definitoria de la modernidad social, asentada sobre los «derechos del hombre», que Hegel desarrolla en los §§ 230 ss. de su *Filosofía del Derecho*. Conforme a esa consideración, «se vuelve patente que, pese a su exceso de riqueza, la sociedad civil nunca puede ser suficientemente rica, es decir, nunca puede poseer lo suficiente de los medios que le son peculiares, para evitar el exceso de pobreza y la formación del proletariado» (es decir, que un orden de intercambios asentado sobre los elementos normativos que representan los «derechos de propiedad» y políticamente sostenido por instituciones que plasmen un interés común reducido a la defensa e imposición de esos derechos, no puede estabilizarse a sí mismo en situación de pleno empleo, esto es, no puede menos de generar la negación práctica de sus propios supuestos y, al cabo, la negación de sí mismo. El orden liberal queda así desmentido en su pretensión de ser el orden justo, siempre posible aparte de justo, y además el más eficaz de todos). «Precisamente por

esta dialéctica suya, la sociedad civil se ve empujada más allá de sí misma como esta determinada sociedad, para buscar consumidores en otros pueblos que estén por detrás de ella respecto a los medios que ella posee... y también para buscar materias primas y medios de subsistencia». Este movimiento, por el que el mundo todo habría de quedar convertido en «sociedad civil» conforme al modelo de la modernidad europea, queda magnífica e incluso grandiosamente expuesto en la primera parte de *El manifiesto comunista* de Marx. Desde esa perspectiva, mediante una ilustración política llevada hasta el final, es como el Estado acaba revelándose «como expresión social del poder exclusivo de una clase y como el reconocimiento político del interés exclusivo de una clase»; la esfera de lo político nacional e internacional no es la esfera de lo común o de la pugna de interpretaciones del interés común, sino el teatro donde se dirime la contradicción estructural básica de una sociedad civil, ambivalentemente considerada, que en su carácter de «sociedad burguesa», una vez se globalice, acabará mostrándose imposible, pues será precisamente entonces cuando de ningún modo podrá eludir ya su contradicción estructural básica. Será también entonces cuando, frente a «la eticidad perdida en sus extremos», habrá de producirse un «retorno de lo ético a la sociedad civil» (FdD, § 252 ss.), que, a diferencia de lo que ocurre en Hegel, ya no podrá venir definido en términos político-estatales. Sólo en ese retorno puede consistir, más allá de lo político-estatal, la constitución de una «voluntad general», que Marx vagamente se imagina (en «La cuestión judía») como una asunción del «ciudadano abstracto» de la «voluntad general» en el concreto «hombre universalizado» de los «derechos del hombre». La forma institucional concreta de ello se pierde en la bruma del futuro. En todo caso ello no podría ser sin devolver a algo así como la «asamblea de ciudadanos» el control directo de, y la directa capacidad de disposición sobre, un sistema económico que, normativamente asentado por el momento, sobre los derechos individuales de propiedad, hace absurdo el pensar en ninguna *volonté générale*, es decir, ello no podrá ser posible sin anular el último artículo (y parte del segundo) de la Declaración, al menos en lo que se refiere a la propiedad sobre los medios de producción.

4.4. *«Voluntad general» y Estado*

La *Filosofía del Derecho* se convirtió muy pronto en campo de batalla entre la izquierda y la derecha de Hegel. Retrospectivamente sabemos muy bien que en el segundo punto principal tocado en la cita de Marx, éste se equivocaba rotundamente frente a Hegel. Hegel había aprendido muy bien precisamente de Napoleón a considerar el Estado moderno, el Estado que tiene por base a una sociedad civil

funcionando sin trabas, es decir, al Estado que tiene por base la infinita negatividad institucionalizada en que consisten los derechos de libertad modernos, esto es, que tiene por base a un «hombre» que no es el hombre antiguo, había aprendido a considerarlo, digo, como «un fin en sí»; aunque eso sí, la permanente discordia revolucionaria de la modernidad consigo misma, que caracteriza al Hegel de izquierdas, quedaba sustituida en el Hegel de derechas por la guerra permanente. La comunidad nacional estatalmente organizada sigue siendo hoy en muy buena parte un fin en sí. Y, de forma casi obvia, para los movimientos nacionalistas que en tal circunstancia no tienen más remedio que nacerles a los Estados nacionales en los casos de identidades estatal-nacionales históricamente no del todo logradas, la aspiración a convertirse en comunidades nacionales estatalmente organizadas viene a resultar en un fin en sí casi absorbente. Incluso contamos desde 1914 con el «hierro de madera» siempre posible políticamente que representaron desde el principio las izquierdas enfáticamente nacionales o nacionalistas.

Es bien conocida la definición que, en la perspectiva de una mediación entre la «negatividad de la libertad» y la «voluntad general», da Hegel del Estado (FdD, § 260): el Estado «es la realidad de la libertad concreta; y la libertad concreta consiste tanto en que la individualidad personal y sus intereses particulares tengan su completo desarrollo y el reconocimiento que les corresponde en el sistema de la familia y de la sociedad civil, como en que (en parte a través de ellos mismos) se transformen en el interés del todo y (en parte con voluntad y conciencia) reconozcan ese interés de lo universal como su propio espíritu sustancial y se comprometan con él como con su *telos* último, de suerte que ni lo universal se haga valer ni se realice sin los intereses, el saber y el querer particulares, ni los individuos como personas privadas vivan sólo para esto último y no quieran a la vez en y para lo universal desarrollando una actividad consciente de ese fin». Pues «el principio de los Estados modernos tiene la tremenda fuerza y profundidad de dejar que el principio de la subjetividad se convierta en el extremo autónomo de la particularidad personal y de retrotraerlo simultáneamente a la unidad sustancial y así no mantener a su vez ésta sino en aquel principio.... En los Estados antiguos el fin subjetivo coincidía por entero con la voluntad del Estado, en cambio en los tiempos modernos reclamamos el derecho a tener nuestra propia visión de las cosas, nuestro propio querer y conciencia. Los antiguos no tenían autoconciencia en este sentido». Eso mismo puede verse desde otro ángulo: «El espíritu de corporación, que tiene su origen en la justificación de las esferas particulares, se trueca a la vez a sí mismo en espíritu de Estado, al tener en el Estado los medios para el mantenimiento de sus fines particulares. Éste es el misterio del patriotismo de los ciudadanos por este lado, que saben

al Estado como su sustancia, porque el Estado mantiene sus esferas particulares, la justificación de ellas y la autoridad de ellas, así como su bienestar. En el espíritu corporativo, por contener éste inmediatamente la inserción de lo particular en lo universal radica entonces la profundidad y fuerza que el Estado ejerce en las mentalidades» (FdD, § 289). El Estado se revela así como la esfera de lo (en el fondo y pese a todas las pugnas de intereses) sabido y querido en común, sólo en lo cual la retracción infinita del individuo sobre sí que se da existencia en el derecho cobra efectividad, concreción y posibilidad de despliegue. Eso común se convierte entonces en centro sobre el que queda focalizado un rehacimiento (que al haber de efectuarse en el medio del principio de la subjetividad no puede ser sino reflexivo) de las historias y los sentimientos de pertenencia y lealtad preestatales, una refundición de las identidades preestatales en una identidad nacional, que pese a ser un producto bien reflexivo y artificioso, se proyecta a sí misma hacia atrás, convirtiendo al Estado en el *telos* realizado al que aspiraba toda la historia de ese ficticio colectivo reflexivamente se-sabiente. Tenemos así de nuevo una «voluntad general» que se expresa en leyes generales tras haberse plasmado en las instituciones y en los supuestos culturales y políticos compartidos por todos de una constitución escrita o no escrita (pero siempre enraizada en los ánimos y mentalidades), conforme a los que la libertad de arbitrio de cada uno se vuelve compatible con la de todos los demás, pero de forma esencialmente limitada a la particularidad histórica que representa el Estado.

Pues si se tiene en cuenta en dónde radica el desvelado «misterio del patriotismo», resulta que en una sociedad aguijoneada por una crisis a la que sólo puede eludir por vía de una expansión hacia fuera, el hacerse patente para todos (como lo sabido y querido) ese bien vasto elemento de comunidad que da concreción a los derechos individuales, sólo puede producirse como soberanía hacia el exterior, es decir, sólo puede producirse en una especie de movimiento de afuera a dentro, en el que los intereses, al chocar con el afuera, se hacen conscientes de la base común en que estriban, y la asumen, rearticulan y reorganizan reflexivamente según sea menester, siempre desde el (y mirando al) afuera que tienen enfrente y con el que se miden. Así se haría patente el común soporte último de la concreción de la libertad individual, a saber, la capacidad de autoafirmación del colectivo frente al exterior, la capacidad de autoafirmación del Estado como «la organización que es a su vez de la libertad individual»: «Pero el espíritu, en tanto que relación negativa consigo mismo infinita en la libertad, es de forma igualmente esencial ser-para-sí que ha asumido en sí la diferencia existente y, por tanto, es excluyente. El Estado, en tal determinación, tiene individualidad, la cual es esencialmente como individuo y en el soberano

es como individuo real e inmediato». «La individualidad, como ser-para-sí excluyente, aparece como relación con otros Estados, cada uno de los cuales es independiente frente a los otros. En la medida en que es en esta independencia donde el ser-para-sí del espíritu real tiene su existencia, ésa es la primera libertad y el más alto honor de un pueblo... En la existencia esta relación negativa del Estado consigo mismo aparece como relación de un otro con un otro, y como si fuera algo puramente negativo y externo... pero en realidad ése es su propio momento supremo, su infinitud real como idealidad de todo lo finito en él, el lado por el que la sustancia, en tanto que poder absoluto contra todo lo individual y particular en él, contra la vida, la propiedad y los derechos de la propiedad, así como contra los ulteriores círculos a que esos derechos y el desenvolvimiento de ellos dan lugar, por el que la sustancia, digo, da existencia a, y trae a la conciencia, la nihilidad de todo ello» (en jerga hegeliana: la «voluntad general» hacia fuera se revela así como la «verdad» de los derechos de libertad en la negatividad de éstos). Este común soporte último de la concreción de la libertad individual, o de la libertad individual en su concreción, por su lado de voluntad de autoafirmarse se da forma institucional en el ejército, el «estamento de la valentía», que, por tanto, junto con la Administración por su lado de capacidad de *surveillance* hacia el interior, es un ingrediente bien básico de la soberanía del Estado moderno articulado por lo demás en términos de división funcional de poderes reabsorbida en el soberano. Y obviamente «este estamento encierra en su forma la dureza de las supremas contradicciones: el extrañamiento mismo (la entrega de la propia voluntad al otro, incluso hasta la muerte), pero como existencia de la libertad».

No ya la idea de la «paz perpetua», sino incluso la de la kantiana aproximación a ella por vía de dar forma jurídica a la posibilidad de formación de algún tipo de voluntad general supraestatal que lograse dar algún tipo de forma institucional a la perspectiva universalista implicada por el propio concepto de derecho (hacer compatible el innato derecho de libertad de cada uno con el derecho de libertad de todos los demás conforme a una ley general) se vuelven enteramente vacías: «Y como las relaciones entre los Estados tienen como principio la propia soberanía de cada Estado, los Estados se encuentran unos frente a otros en estado de naturaleza, y sus derechos no tienen su realidad en una voluntad general constituida sobre ellos como Estados, sino en su voluntad particular... el Estado es un individuo y en la individualidad está esencialmente contenida la negación. Si, pues, un número de Estados se convierte en una familia de Estados, entonces tal unión de Estados en tanto que individualidad no tendrá más remedio que suscitar una oposición y generar un enemigo... Por eso la idea kantiana de una paz perpetua mediante una

federación de Estados que resolviese toda disputa y que como un poder reconocido por cada uno de todos los Estados particulares eliminase las discrepancias haciendo así imposible el decidirlas mediante la guerra, presupone el asentimiento de los Estados, que descansaría siempre sobre razones y consideraciones de tipo religioso, moral o lo que fuere, y por tanto en la voluntad particular soberana y, por ende, sería contingente». Así, pues, el universo de lo político se estructura siempre e irremediablemente conforme a la relación amigo-enemigo, tanto hacia fuera, como, de rebote, también hacia dentro, en donde en una especie de depurador movimiento en espiral el sentimiento de comunidad nacional se trueca en una autoconsciente voluntad de homogeneidad y en un correspondiente movimiento de exclusión y marginalización internas. El universalismo que el «principio del derecho» comparte con «el punto de vista moral» por brotar supuestamente ambos de un mismo imperativo de la razón, queda entonces en el aire como el lugar vacío de una conciliación imposible, como una especie de impotente perspectiva vacía que por principio nunca podrá cobrar concreción ni política ni jurídica: «En este momento se insiste mucho en el antagonismo entre moral y política y en la exigencia de que la segunda se ajuste a la primera. Sobre este punto notemos sólo que el bien del Estado tiene una justificación completamente distinta que el bien del individuo, y la sustancia ética, el Estado, tiene su existencia, es decir, su derecho, directamente en una existencia concreta, no abstracta, y que sólo esa existencia concreta puede ser principio de su acción y de su conducta, y no una de esas muchas ideas generales tenidas por preceptos morales. La idea de las supuestas injusticias que la política habrá siempre de cometer en el contexto del mencionado antagonismo descansa en la imprecisión de la idea de moral y de la idea de la naturaleza del Estado y de su relación con el punto de vista moral». El Estado, como «dios mortal sobre la Tierra» sólo tiene por encima de sí el tribunal de la historia: «La historia es un juicio porque en su universalidad que es en y para sí, lo particular, los penates, la sociedad civil y los espíritus de los pueblos sólo son como algo ideal y el movimiento del espíritu en ese elemento es el ponerlo de manifiesto, el exponer eso». Y en la filosofía, como autoexposición del espíritu en ese su saberse, es donde sucede el saber eso. La izquierda hegeliana no tuvo más remedio, por tanto, que asociar un elemento mesiánico a la idea revolucionaria del retorno de lo ético a la sociedad civil mundializada; había que romper la forma de la «conciencia filosófica» y los sellos puestos por ella, a fin de poder convertir en reconciliación práctica y política la reconciliación que Hegel (esto es, la metafísica de Hegel como culmen de la metafísica occidental) convertía así en teorética; sólo así cabía liberar (para convertirla en política) la promesa de razón que en Hegel la metafísica reducía a

theoría tras dejar vacía a la religión. La metafísica de la historia de Hegel se convertía así en sostén de la práctica política revolucionaria y la Revolución en «tribunal de la historia», a la vez que en un acontecer capaz de absorber en sí el sentido entero de la religión (al igual que en Hegel lo absorbía la filosofía) y también de la metafísica en cuanto heredera de la religión.

5. *De Hegel a Kant a través de Marx*

La lógica de la «guerra civil» mundial y la lógica del Estado nacional, entreveradas ambas, determinaron los desenvolvimientos del «largo siglo XIX» hasta la catástrofe de civilización de los años treinta del siglo XX. Esa catástrofe de la modernidad política y social queda interpretada en *Dialéctica de la Ilustración* de Horkheimer y Adorno como una catástrofe del proceso mismo de civilización, es decir, como consumación de la catástrofe en que el proceso mismo de civilización consiste. De tal filosofía hegeliana de la historia, vuelta del revés bajo la influencia de Nietzsche y Weber, escapa Habermas en *Teoría de la acción comunicativa* proyectando con los medios de otras corrientes de filosofía contemporánea una teoría de la racionalidad que le permite hacerse en cierto modo cargo de la herencia de la tradición hegeliano-marxiana, traducida asimismo a conceptos de teoría contemporánea de la sociedad, ilustrada además por una apropiación extraordinariamente distante de los clásicos del pensamiento sociológico, e impulsada por la voluntad de liberarse del asfixiante mundo conceptual de la izquierda intelectual europea. La filosofía de Hegel y la conceptuación hegeliana quedan disueltas en un pensamiento falibilista, al que, en lo que a certezas se refiere, lo único que libra del escepticismo es el poder dar un sentido normativo preciso a la idea de «proceso falibilista de aprendizaje». En el segundo tomo de *Teoría de la acción comunicativa* Habermas analiza las estructuras que definen a las sociedades occidentales de la posguerra: intervencionismo de las Administraciones públicas en las respectivas economías nacionales sobre la base de la solución Malthus-Keynes a la «dialéctica de la sociedad civil»; la democracia de masas; y, sobre la base de la economía keynesiana, el Estado benefactor como principal contenido político de la democracia de masas, aparte del elemento políticamente estabilizador que supuso la potenciación del consumo privado posibilitada por la explosión de riqueza que la economía keynesiana produjo. No necesitamos entrar aquí en el análisis que Habermas hace de estos rasgos.

Pero durante los años ochenta comenzó a hacerse definitivamente visible una drástica relativización de las «economías nacionales» por una economía mundializada en la que hacen pujante acto de

presencia protagonistas distintos que Europa occidental, Norteamérica y Japón, y ello a causa de, y en el medio de una «nueva división internacional del trabajo» que en la Europa occidental amenaza con hacer derrumbarse ese elemento básico del orden de posguerra que fue el Estado benefactor. En parte esta misma mundialización de la economía fue la que hizo desplomarse a los regímenes del socialismo de Estado, dando lugar a un «tránsito del socialismo al capitalismo» que ponía definitivamente cabeza abajo todos los sueños de las izquierdas «clásicas». Resultado del desmoronamiento del bloque del Este fue también el proceso de reunificación alemana. Con la reunificación de 1989, la nación alemana, dividida tras 1945, recobraba la normalidad. La cuestión era saber qué se entendía por «normalidad» en ese contexto. Partamos de esta cuestión para entrar en el punto que trato de desarrollar.

En su libro *Más allá del Estado nacional* Habermas discute tres respuestas posibles a esa pregunta. Las dos primeras vienen a decir: «Naturalmente, se trata de la "normalidad" política que representa la estatalidad nacional plena». «El hilo conductor de la primera de ellas lo ofrece la historia nacional... Desde la perspectiva del restablecimiento del Estado nacional, la nación dividida en 1945 sólo recobra su forma normal tras 1989... los pasados cincuenta años aparecen como el período de una vía especial, durante la que la República de Bonn desarrolló una decorosa existencia a la sombra de la historia universal, pero una existencia que no podía tomarse del todo en serio... La segunda lectura toma su hilo conductor de la versión de Carl Schmitt de la "guerra civil mundial". Desde la perspectiva de una lucha del Occidente liberal contra el bolchevismo, el régimen nazi aparece como un centinela, todo lo radical o degenerado que se quiera, de una burguesía occidental que se afirma a sí misma. La pasajera alianza contra una Alemania puesta en la picota ha de considerarse una especie de malentendido que quedó aclarado en el período de la guerra fría. Con el fin de este período una historia descarrilada en 1917 en términos totalitarios, vuelve a las vías normales que representan las historia de los Estados nacionales... Ese cambio de época promete a la Alemania convertida en soberana una existencia normal en el centro de Europa, sin miedo al poder».

Pero Habermas propone una tercera respuesta, y ésta es la que nos interesa para iniciar nuestro argumento. Esa respuesta viene a decir: la estatalidad nacional plena no es hoy ninguna normalidad; la única normalidad a la que la Alemania reunificada podría aspirar habría de ser proseguir lo que ya fue la República de Bonn: «La historia del imperialismo entre 1871 y 1914 y, sobre todo, el nacionalismo integral del siglo XX confirman que la idea de nación casi siempre desarrolló su fuerza movilizadora sólo en su lectura particularista. Sólo tras la cesura de 1945 se agotó esa fuente de energía. Sólo cuando a las potencias europeas, bajo el paraguas nuclear de las superpotencias, le quedó vedado desarrollar su propia política exterior, la autocomprensión del Estado democrático de derecho (no sólo en la teoría sino también en anchas capas de la población) se disoció de los patrones de autoafirmación nacional y de estrategia geopolítica de poder. Los conflictos sociales en el interior pudieron también elaborarse bajo el primado de la política interior. Esta tendencia hacia una cierta autocomprensión "postnacional" de la comunidad política puede haberse impuesto con más fuerza en la particular situación de la República Federal de Alemania que en otros Estados, por estar Alemania privada de esenciales derechos de soberanía. Pero en todos esos países la pacificación del conflicto de clases en términos de Estado social había creado una situación distinta. En el período de posguerra se establecieron y desarrollaron sistemas de seguridad social, reformas en la escuela, en la familia, en el derecho penal, en la protección de datos, etc., se pusieron en marcha políticas feministas de equiparación... Eso sensibilizó a los ciudadanos para la primacía del tema de la realización de los derechos fundamentales, para la primacía que la nación real de ciudadanos ha de mantener sobre la imaginaria nación de miembros de una comunidad étnica... la gracia del republicanismo consiste en que el proceso democrático asume a la vez una especie de aval para los casos en que falle la integración social de una sociedad cada vez más diferenciada. En una sociedad pluralista tanto en lo cultural como en lo que respecta a visión del mundo, esa carga no debe desplazarse del nivel de la formación de la voluntad política y de la comunicación pública al substrato aparentemente natural de un pueblo supuestamente homogéneo. Pues lo que suele ocultarse tras esa fachada es una cultura mayoritaria que impone también políticamente su hegemonía. Pero tal cultura mayoritaria ha de disociarse de su fusión con la cultura política compartida por todos los ciudadanos si dentro de la misma comunidad política han de coexistir y convivir diversas formas de vida culturales, religiosas y étnicas. En esto van por delante de nosotros los países clásicos de inmigración; en ellos cada uno puede vivir simultáneamente con dos identidades, ser un miembro del propio país a la vez que un extraño en él...». Conforme a esta tercera respuesta, las evoluciones que a consecuencia de la crisis del orden liberal se pusieron en marcha con la Revolución soviética y con el fascismo centroeuropeo y que tuvieron por resultado la Segunda Guerra Mundial, acabaron dando lugar a la formación de (pese a todo) una especie de suprasoberanía determinada por el equilibrio de las dos grandes potencias, Estados Unidos y la Unión Soviética; en esa situación, al quedar rota la «lógica de la soberanía» en el sistema de Estados nacionales, la soberanía de los

Estados europeos se agotó en cierto modo en «política interior»; ello se produce en medio de una esfera pública que empieza a exceder el ámbito de los Estados y en el que la soberanía hacia el interior en cierto modo se fluidifica argumentativamente; esa esfera pública viene sostenida por una sociedad civil, cuyo tejido asociativo, precisamente mediante esa esfera pública, es capaz de distanciarse tanto del sistema económico (ahora keynesianamente estabilizado) como del sistema político administrativo; en esas condiciones la política se centra principalmente en la cuestión de los derechos; el ser «el otro del otro» que caracteriza a la soberanía hacia el exterior, se traslada ahora al interior en términos de reconocimiento de los derechos de la diferencia. Pues bien, según esta tercera respuesta sólo por estas vías podría discurrir hoy algo así como «normalidad».

Pero tras haber desaparecido aquella situación de equilibrio entre la dos superpotencias y tras haberse desvanecido en buena parte el supuesto keynesiano de unas cada vez más prósperas «economías nacionales» controlables por las respectivas Administraciones, en el que las sociedades occidentales de posguerra estribaron, esa tercera respuesta no se entiende ya sin más. Hace unos años, comentando ideas de otros, Habermas explicaba, en términos un tanto informales, algunos de los supuestos de teoría de la sociedad en que se basa esa su posición; se refieren a la nueva relación entre Economía, Estado y Sociedad; en esa explicación, tras darse por sentado que condición de la libertad moderna es un sistema económico disociado de lo político-administrativo, en el que por lo demás lo determinante no es hoy el «trabajo abstracto» sino la tecnología y la información, la sociedad civil (con la esfera pública que la sociedad civil sostiene) insiste en presentarse como el lugar de un «retorno de lo común» que parece situarse más allá del Estado nacional y su lógica y que además consiste principalmente en «política interior»; al descartarse por completo la representación normativa de una absorción de lo económico por lo político-administrativo, ese retorno de lo común queda asimismo más allá de la idea revolucionaria; una esfera de lo social, politizada en un sentido nuevo (en el sentido de la diferenciación en el concepto de lo político, que se introduce en el presente libro y que resulta fundamental en él), se retrae sobre sí, y desde la distancia plantea exigencias a lo político-estatal y a lo político administrativo y también al sistema económico: «La forma de organización del Estado nacional, y en general del instituto estatal territorial, está tan arruinada como el concepto de lo político determinado por el primado de la garantía de orden, el concepto hobbesiano de lo político, en el que lo político se deduce de la función de estabilización interna y externa del poder. El mundo de los Estados europeos que se formó en 1648, hace ya tiempo que se vino abajo. Pero la constelación de Estado, economía y sociedad que se desarrolló

desde la Paz de Westfalia se había mantenido incluso en el período de las guerras mundiales, de modo que sólo ahora ha llegado a su fin. Esa constelación ya no está a la altura de la nueva complejidad. Es lo que nos enseña la mirada a un imperio (el soviético), que sigue disponiendo aún del segundo potencial de destrucción militar más grande del mundo y que, pese a eso, ha perdido su ámbito de acción... La arquitectura de la política mundial ya no es la antigua; el mundo ya no es un mundo de Estados, en el que la posesión de medios de coerción militar sea fuente de poder y de influencia. Tampoco es una sociedad mundial, una sociedad-mundo, que renuncie a disponer de medios de violencia y se los entregue a un poder central. Este nuevo mundo es más bien un mundo-sociedad, configurado por la organización estatal, pero determinado por intereses de la sociedad. El crecimiento societario y socio-económico de la sociedad sólo puede tenerse al precio de una disminución del poder político. Ésta es una lección que se está aprendiendo en todas partes en el mundo, también negativamente... En el trasfondo de estas ideas mías están evidentemente Saint-Simon y Marx, y por supuesto tendencias bien visibles en las sociedades de nuestro tipo. Sin embargo, erraríamos el sentido actual de este diagnóstico si la dominancia de los problemas de bienestar sobre los de aseguramiento del poder militar la entendiésemos solamente desde una perspectiva de teoría de sistemas. La "sociedad" cambia su posición no sólo respecto al Estado sino simultáneamente también respecto al sistema económico: en el espacio público político la "sociedad" exige de ambos (del Estado y de la Economía) valores de uso no sólo en categorías de bienestar y de libertad subjetiva, sino también en categorías de justicia y de participación política. Esto se formula mejor en términos normativos: en un marco así amueblado con las libertades radicalizadas inherentes a la comunicación política la sociedad debe constituirse en "sociedad civil". Con ello experimentaría un desplazamiento la división de poderes de la integración social entre el dinero, por un lado, el poder político-administrativo, por otro, y la solidaridad generada por la comunicación, por otro. Con esta perspectiva de una "despolitización" de la Administración estatal (y de un desplazamiento de la política hacia el espacio público y hacia la infraestructura social de ese espacio público, que representa la "sociedad civil") y de una sensibilización de la economía (en términos de sociedad civil) para sus costes externos, surge una perspectiva de futuro...». «El socialismo de Estado puede entenderse... como una utilización inflacionaria del poder administrativo. En las sociedades de este tipo los mecanismos de regulación burocrática no sólo han destruido la lógica interna de un proceso económico regido descentralmente a través de mercados, sino también la racionalidad comunicativa del mundo de la vida; han destruido la lógica de las relaciones

de comunicación privadas y públicas y han introducido procesos de grave erosión y aun desertización en los ámbitos de la reproducción cultural, de la integración social, e incluso de la socialización. No porque el poder administrativo, considerado en sí mismo, sea algo malo, sino porque con él se pretendía cumplir funciones y sustituir otros medios de integración sistémica y recursos de integración social que no pueden cumplirse o sustituirse de esa forma sin provocar graves disfunciones y patologías... La destrucción de las relaciones informales, de grupos sociales, de asociaciones y redes de intercambio, la disolución de identidades sociales, la insuflación planificada de nuevos valores, la erosión de normas de comportamiento a las que se estaba habituado, la paralización de la incitativa y la actividad individuales en ámbitos de acción inabarcables que se caracterizaban además por la sobrerregulación a la vez que por la inseguridad jurídica, el aislamiento y la exclusión de la comunicación pública espontánea... sobre este trasfondo hay que entender la revalorización de la "sociedad civil" entre los intelectuales de la Europa del Este. En cuanto se aflojaron los controles de la burocracia... surgieron grupos de todo tipo, que se definían por su oposición al Estado, es decir, como "sociedad". Con ello se produce también un cambio del significado del concepto "sociedad civil" frente al empleo que de él hicieron Hegel y Marx... Ciertamente no deben confundirse las realidades en el Este y en el Oeste. En el Este me temo que tales estructuras de sociedad civil han representado una reacción tan simétrica del aparato estatal panóptico, que surgen en la fase de desmoronamiento de éste, pero también desaparecen con su caída. En las sociedades de tipo occidental los nuevos movimientos sociales tienen una base distinta... no han reproducido el modelo de un populismo de izquierdas, porque han entendido la política no tanto como un estado de ánimo, sino como discusión y discurso. Incluso la discusión más aburrida sigue siendo más democrática que un apasionamiento suscitado por propaganda más demagogia... Los nuevos movimientos sociales ya no pertenecen al tipo de aquellos movimientos de masas que antaño ocuparan las calles y poblaran los sueños de los teóricos de la revolución en los siglos XIX y XX. Los modelos tradicionales habían sido la huelga revolucionaria, por un lado, y la uniformada movilización fascista, por otro. Pero cuanto más progresa la civilización de masas tanto más se esfuma ese romanticismo de la acción de masas... Los nuevos movimientos sociales expresan un proceso de abstracción al que habría de atenerse hoy la representación que nos hagamos de la democracia a fin de que esa representación sea realista. No la psicología de las masas, sino la dinámica masiva de corrientes públicas de comunicación ha de ser el vehículo, a través del que se realice la participación democrática y se desarrolle un pluralismo real. Sólo a través de las comunicaciones públicas pueden llenarse las instituciones de la libertad con la sustancia de una formación racional de la opinión y la voluntad políticas... De modo que si me estoy reservando un cierto residuo de utopía, éste no consiste sino en la idea de que la democracia y la disputa libre en torno a sus mejores formas es lo único que puede cortar el nudo gordiano de problemas que hoy se nos antojan estridentemente irresolubles. No digo que ello se logre. Ni siquiera sabemos si podría lograrse. Pero precisamente por ello habría que intentarlo al menos. Los estados de ánimo apocalípticos no hacen sino consumir las energías de las que habrían de alimentarse tales iniciativas».

Podría quizá objetarse que ese mundo-sociedad en cuanto que excede a los Estados nacionales que, aunque sin determinarlo, le dan forma, podría bastarse él solo y, recurriendo a institucionalizar no más que ciertos mecanismos de autorregulación, podría constituirse en términos de «derecho privado», en el sentido de Kant. «... la autonomía de los sujetos, que quedan expuestos a procesos de una sociedad mundial que se ha vuelto inabarcable, pero que de alguna manera se regula de forma espontánea, perdería así el componente de autonomía ciudadana y se reduciría a autonomía privada... Pero los ejemplos que conocemos de tales mecanismos de autorregulación no suscitan precisamente confianza. El sistema de equilibrio entre los Estados sobre el que descansó el sistema internacional durante tres siglos se vino abajo a más tardar con la Segunda Guerra Mundial. Con la fundación de la ONU se emprendió un nuevo intento de construir un orden global de paz que sigue estando aún en mantillas. Y el mercado mundial, el otro ejemplo de concatenación y orden espontáneos, no puede dejarse bajo la dirección del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional si quieren superarse las interdependencias asimétricas entre el mundo de la OCDE y aquellos países marginalizados, que han de desarrollar economías capaces de sostenerse a sí mismas... faltan también capacidades supranacionales de acción para los problemas ecológicos. Un orden mundial y un orden económico mundial más pacífico y justo no es posible sin instituciones internacionales capaces de acción y sin procesos de ajuste entre los regímenes regionales que hoy precisamente están en proceso de formación, en el marco y bajo la presión de una sociedad civil que se ha vuelto móvil a nivel mundial... Y esta falta de instancias supranacionales capaces de acción que pudiesen actuar sobre el sistema global conforme al modelo de una política interior mundial coordinada, se hace sentir sobre todo en la propia casa... Desde el principio el capitalismo se desarrolló en un marco mundial. Y durante siglos la dinámica del desarrollo económico suscitada en ese marco no hizo sino reforzar a los Estados. Los Estados soberanos pueden también vivir con zonas de libre comercio. Pero

sólo pueden sacar provecho de sus respectivas economías mientras éstas sean "economías nacionales", sobre las que puedan influir indirectamente con medios políticos. Pero con la internacionalización de la economía, sobre todo de los mercados financieros y de la producción industrial misma, la política nacional pierde su capacidad de control sobre las condiciones generales de la producción. Los gobiernos se ven cada vez más empujados, a fin de mantener la competitividad internacional de sus economías, a asumir una alta tasa de paro permanente y no sólo a reformar el estado social, sino a comenzar seriamente a desmontarlo...»

Pues bien, este mundo-sociedad que ya no es el mundo político de los Estados nacionales soberanos, ni mucho menos un mundo que pudiese siquiera sentirse lejanamente tentado por la idea de que un «retorno de lo ético» (es decir, de lo sabido y querido en común) a una sociedad civil globalizada pudiera producirse por un empleo inflacionario de poder administrativo que sustituyese incluso al dinero, este mundo-sociedad, digo, sigue siendo un mundo configurado por Estados, en el que, sin embargo, no cabe pensar en prescindir de capacidades internacionales de acción, ni en dejar de darles una institucionalización adecuada. En el presente libro se trata de los sistemas jurídicos de esos Estados (de los articulados en términos de Estado democrático de derecho), transidos de derecho supraestatal que los remite más allá de los Estados. Precisamente desde una perspectiva de izquierdas esos sistemas jurídicos se dejan sugerir hoy una lectura kantiana del «sistema de los derechos» que contienen, en la perspectiva de una primacía del *ius cosmopoliticum* de Kant, politizado en un sentido nuevo, en el sentido sugerido por Habermas. Se trata de una lectura, mediante la que *a priori* no hubiese de quedar conceptualmente excluida la posibilidad (finita, no mesiánica) de poder compatibilizar (no reconciliar, pues eso lo impide la negatividad de la libertad moderna, como ya vio Hegel) la autonomía privada de cada uno con la efectiva autonomía privada de todos, y de abordar los múltiples problemas que la «comunidad de suelo» en la situación actual de globalización, o bien suscita o bien convierte en problemas comunes a todos, conforme a «leyes generales de la libertad», es decir, conforme a conciertos o normas (en que los derechos de libertad quedasen más a menos concordantemente interpretados) que pudiesen considerarse dimanantes de la formación pública y argumentativa de una cierta voluntad común. Sólo así cabría tener lo que, «en idea», las bases de legitimación del derecho moderno prometían y la autointerpretación normativa de los Estados democráticos de derecho sigue prometiendo. Éste es el punto en que comienza la argumentación de Habermas en el presente libro, que quiere ser incluso más sutil y compleja que la de Kant a la hora de conciliar contrapuestos elementos normativos de la modernidad

política. Tal conciliación es el objetivo que el presente libro se propone en el contexto de tradición descrito.

De las traducciones que últimamente he realizado de libros de Habermas ésta es la primera que no estaba destinada a alguna colección dirigida por don Manuel Garrido. Jürgen Habermas, Manuel Garrido, José Vidal-Beneyto, Gloria Conejero Cervera, y quien esto escribe, fueron los participantes en una reunión que tuvo lugar en una cafetería de Argüelles, en Madrid, el 20-N de 1981 (por la calle discurría mientras tanto una estrepitosa manifestación) en la que se diseñó lo que sería la recepción de una buena parte de la obra de Habermas en castellano en los diez años siguientes. Manuel Garrido y José Vidal-Beneyto cuentan con el reconocimiento y agradecimiento del autor, y también del traductor. El agradecimiento a Gloria Conejero Cervera es especial, pues sin su trabajo y colaboración no hubiera sido posible esa buena parte de la abundante presencia de Habermas en castellano.

Universidad de Valencia.

PREFACIO

Hace tiempo que en Alemania la filosofía del derecho ya no es cosa de filósofos. Si en lo que sigue apenas menciono el nombre de Hegel y me apoyo más decididamente en la teoría kantiana del derecho, ello ha de entenderse también como expresión del miedo ante un modelo que sentó cotas inalcanzables para nosotros. No es casualidad que la filosofía del derecho, en los casos en que todavía busca el contacto con la realidad social, haya emigrado a las facultades de derecho[1]. Y sin embargo, evito asimismo conectar con una filosofía del derecho reducida a términos de ciencia jurídica, que sigue teniendo su centro de gravedad en la discusión acerca de los fundamentos del derecho penal[2]. Lo que en su momento pudo mantenerse unido en los conceptos que acuñó Hegel en su *Filosofía del Derecho*, ha menester hoy de un procedimiento pluralista en lo tocante a métodos, que opere desde las perspectivas que representan la teoría del derecho, la sociología y la historia del derecho, la teoría moral y la teoría de la sociedad.

Y esto me viene tanto mejor cuanto que de este modo puedo hacer visible un rasgo pluralista de la teoría de la acción comunicativa, que a menudo se pasa por alto. Los conceptos filosóficos básicos no constituyen un lenguaje propio, o en todo caso no constituyen ya un sistema capaz de apropiárselo todo, sino medios para la apropiación reconstructiva de los conocimientos científicos. Merced a esta pluralidad de lenguas, puede una filosofía, a la que ya no queda otra competencia que cuidar de la transparencia de los con-

1. W. Hassemer, «Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik»: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie*, monográfico 44 (1991), pp. 130-143.

2. La contribución que la teoría del discurso puede hacer a este tema, la bosqueja K. Günther en «Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts», en H. Jung *et al.* (eds.), *Recht und Moral*, Baden-Baden, 1991, pp. 205-217.

ceptos básicos, descubrir en el plano metateórico concordancias y coherencias sorprendentes. Así, los supuestos básicos de la teoría de la acción comunicativa se ramifican también en diversos universos de discurso y en tales universos han de poder acreditarse entrando en los contextos de argumentación que se desarrollan en ellos.

El primer capítulo trata de forma esquemática algunos aspectos de la relación entre facticidad y validez, que afecta a los fundamentos de la teoría de la acción comunicativa. Este problema señalado en el propio título de este libro ha menester, empero, de una clarificación filosófica más detallada que la que puedo desarrollar aquí. El segundo capítulo bosqueja un planteamiento que pretende abarcar el horizonte de cuestiones que va desde las teorías sociológicas del derecho a las teorías filosóficas de la justicia. Los dos capítulos que siguen efectúan a continuación una reconstrucción de partes del derecho natural racional clásico en el marco de una teoría discursiva del derecho. Para ello opero con supuestos básicos de la teoría del discurso, desarrollados en otra parte[3]. Sin embargo, ahora llego a una definición de las relaciones de complementariedad entre moral y derecho, distinta a la que todavía propuse en las *Tanner Lectures*[4]. En los capítulos quinto y sexto el planteamiento efectuado en términos de teoría del discurso trata de acreditarse abordando cuestiones centrales de la teoría del derecho. Me limito a discusiones que se están desarrollando en la actualidad en la República Federal de Alemania y en Estados Unidos porque sólo estoy familiarizado en cierta medida con estas dos tradiciones jurídicas. En los capítulos séptimo y octavo clarifico el concepto de política deliberativa, cuyas resonancias normativas son evidentes, y examino desde un punto de vista sociológico las condiciones de una regulación del ciclo del poder en las sociedades complejas, articulada en términos de Estado de derecho. Con ese fin abordo la teoría de la democracia principalmente desde aspectos relativos a legitimación. El último capítulo asocia y articula las consideraciones relativas a teoría del derecho y las relativas a teoría de la sociedad en la concepción que representa lo que llamo el paradigma procedimental del derecho.

Por lo demás, por esta vía trato de desmentir realizativamente la objeción de que la teoría de la acción comunicativa es ciega frente a la realidad de las instituciones[5], o de que tiene consecuencias anar-

3. J. Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, ²1991; Id., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991.

4. Un acceso demasiado cargado, a mi juicio, de normativismo es el que elige también K.-O. Apel, «Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik», en K.-O. Apel y M. Kettner (eds.), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt a. M., 1992, pp. 29-61.

5. Es la objeción que me hace una y otra vez R. Bubner, últimamente en «Das sprachliche Medium der Politik», en Id., *Antike Themen und ihre moderne Verwandlung*, Frankfurt a. M., 1992, pp. 188-202; sobre este punto, pp. 196 ss.

quistas[6]. Un núcleo anarquista ha de tenerlo, ciertamente, ese potencial de libertades *comunicativas* desencadenadas, del que han de nutrirse las instituciones del Estado democrático de derecho, a fin de garantizar de forma efectiva iguales libertades *subjetivas*.

No he tenido más remedio que introducirme en discusiones jurídicas especializadas, bastante más de lo que me hubiera gustado a mí, que soy un lego en derecho. Durante esas discusiones ha crecido aún más mi respeto ante los impresionantes logros constructivos de esta disciplina. Mis propuestas de clarificación de lo que llamo la «comprensión paradigmática de fondo» del derecho y de la Constitución han de entenderse como una contribución polémica, que se dirige sobre todo contra el creciente escepticismo jurídico que parece difundirse entre mis colegas juristas, y sobre todo contra ese realismo, a mi juicio falso, que subestima la eficacia social de las presuposiciones normativas de las prácticas jurídicas existentes. En las controversias que, sin solución de continuidad, se vienen sosteniendo desde el siglo XVII sobre la constitución jurídica de la comunidad política, se articula también una autocomprensión práctico-moral de la modernidad en conjunto. Esta autocomprensión se expresa por igual tanto en los testimonios de la conciencia moral universalista como en las instituciones del Estado democrático de derecho, en que se articula la idea de libertad. La teoría del discurso es una tentativa de reconstruir esta autocomprensión, de modo que pueda afirmar su propia especificidad normativa, tanto frente a las reducciones cientificistas[7], como frente a las asimilaciones estéticas[8]. Las tres dimensiones de validez en que se diferencia y despliega la autocomprensión de la modernidad, no tienen por qué colapsar, es decir, no tienen por qué confundirse ni tampoco fundirse. Tras un siglo que como ningún otro nos ha ilustrado sobre el terror de la sinrazón existente, han quedado destruidos los últimos residuos de confianza esencialista en la razón. Pero ello significa que la modernidad, que se ha vuelto consciente de sus propias contingencias, queda tanto más remitida a una razón procedimental, vale decir también: a una razón capaz de litigar también contra sí misma. La crítica de la razón es también obra de la razón: este doble sentido kantiano se debe a una idea radicalmente antiplatónica, a saber, que no existe nada más alto ni más profundo a lo que nosotros, que nos encontramos en nuestras formas de vida lingüísticamente estructuradas, podamos apelar.

Hace tres decenios criticaba yo el intento de Marx de reducir la *Filosofía del Derecho* de Hegel a una filosofía materialista de la his-

6. O. Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1987, pp. 193 ss.

7. N. Luhmann, *Observaciones de la modernidad*, Madrid, ¹1973.

8. J. Derrida, *Force de Droit*, Paris, 1994.

toria con las palabras siguientes: «Marx... con su crítica ideológica del Estado burgués de derecho desacreditó la propia idea de juridicidad, y con la disolución sociológica de la base de los derechos naturales desacreditó tan duraderamente para el marxismo la intención misma del derecho natural, que desde entonces quedó roto el lazo entre derecho natural y revolución. Los partidos de una guerra civil internacionalizada se han dividido la herencia de forma fatalmente unívoca: una parte ha asumido la herencia de la revolución, y la otra la ideología del derecho natural»[9]. Tras el hundimiento del socialismo de Estado y tras el fin de la «Guerra Civil Mundial» salta a la vista el error teorético del partido fracasado: confundir el proyecto socialista con el proyecto —y la imposición por la fuerza— de una forma concreta de vida. Pero si por «socialismo» sólo podemos entender el conjunto de condiciones necesarias para formas de vida emancipadas, sobre las que han de empezar entendiéndose los implicados *mismos*, es fácil percatarse de que la autoorganización democrática de una comunidad jurídica constituye el núcleo normativo también de ese proyecto. Por otro lado, el partido que se ve a sí mismo como vencedor, no parece hallar placer en su triunfo. En el instante en que podía hacer suya la herencia *indivisa* de la autocomprensión práctico-moral de la modernidad, se desalienta y acobarda ante la tarea de impulsar enérgicamente la domesticación del capitalismo en términos ecológicos y en términos de Estado social, y ello en unas dimensiones que ciertamente dan miedo, las dimensiones de una sociedad mundial. Cierto que ese partido respeta puntillosamente la lógica sistémica de una economía regida a través de mercados; y por lo menos está alerta contra toda sobreextensión del medio «poder» por parte de las burocracias estatales. Pero carece de una sensibilidad siquiera aproximadamente *similar* frente al recurso propiamente amenazado, a saber, una solidaridad social conservada en estructuras jurídicas y necesitada de regeneración.

Ante el inmenso desafío que representan la necesidad de limitar ecológicamente el crecimiento económico y la creciente disparidad de la situación económica y social en el Norte y en el Sur; ante la tarea históricamente única de pasar en las sociedades articuladas en términos de socialismo de Estado a mecanismos de un sistema económico diferenciado de lo político; bajo la presión de las corrientes migratorias de las regiones del Sur reducidas a la miseria, y ahora también de las del Este; en vista de los riesgos de guerras nuevamente de tipo étnico, nacional y religioso, de chantajes atómicos y de luchas internacionales por la distribución de bienes y recursos, ante

9. Las conferencias que pronuncié en 1962 sobre «Derecho natural y Revolución», se publicaron en J. Habermas, *Teoría y praxis*, Madrid, 1987, pp. 87-123; sobre este punto, pp. 113 ss.

este estremecedor transfondo la política pierde hoy orientación, seguridad y autoconciencia, también en las sociedades de Occidente articuladas en términos democráticos y de Estado de derecho. Aquende las florituras retóricas lo que reina es la pusilanimidad. También en las democracias establecidas las instituciones de la libertad existentes ya no permanecen inatacadas, si bien las poblaciones parecen exigir aquí más bien más democracia que menos. Sospecho, sin embargo, que el malestar y la inquietud tienen una raíz más profunda, a saber, el presentimiento y sospecha de que, bajo el signo de una política completamente secularizada, el Estado de derecho no puede tenerse ni mantenerse sin democracia radical. Convertir este presentimiento en una idea es la meta de la presente investigación. En última instancia los sujetos jurídicos privados no podrán gozar de iguales libertades subjetivas si ellos *mismos*, en común ejercicio de su autonomía política, no se aclaran sobre intereses justificados y sobre criterios, y no se ponen de acuerdo sobre cuáles han de ser los aspectos relevantes bajo los que lo igual ha de tratarse de forma igual y lo desigual de forma desigual.

Sobre los problemas y estados de ánimo que nuestra situación provoca, no me hago ilusión alguna. Pero los estados de ánimo —y las melancólicas filosofías que los reflejan— no justifican el abandono derrotista de aquellos contenidos radicales del Estado democrático de derecho, de los que propongo una lectura nueva, acomodada a las circunstancias de una sociedad compleja. Pues si no, hubiera tenido que elegir un género literario distinto, por ejemplo el diario de un escritor helenista que se limitara a documentar para el mundo futuro las promesas no cumplidas de una cultura que se hunde.

El apéndice contiene dos trabajos publicados ya en alemán. El primero desarrolla un concepto procedimental de democracia en un marco historiográfico más amplio. El otro explica bajo tres aspectos distintos el concepto de «patriotismo de la Constitución», siempre susceptible de malentenderse. Las *Tanner Lectures* pronunciadas en la universidad de Harvard hace cinco años, sólo habían aparecido hasta ahora en inglés, holandés e italiano. Fueron resultado del curso de filosofía del derecho que di en Francfort durante el curso 1985-1986.

Al mismo tiempo el programa Leibniz de la *Deutsche Forschungsgemeinschaft* me había puesto sin yo esperarlo en condiciones de poner en marcha durante cinco años un proyecto de investigación de mi elección. Esta circunstancia accidental me dio ocasión para fundar una comunidad de trabajo dedicada a asuntos de teoría del derecho. Para mí esa comunidad ha supuesto un contexto extraordinariamente incitante e instructivo, que me permitió seguir tejiendo los hilos temáticos en los que entonces empezaba a introducirme. Para mí esta cooperación, de la que entre otras muchas publi-

caciones ha surgido una serie de monografías[10], ha resultado particularmente afortunada. Sin la ayuda productiva de competentes colaboradores no me hubiera animado a abordar el proyecto de una filosofía del derecho; tampoco hubiera podido hacerme con los argumentos y conocimientos que son menester para el desarrollo de la empresa. A los miembros permanentes del grupo de trabajo Inge Maus, Rainer Forst, Günter Frankenberg, Klaus Günther, Bernhard Peters y Lutz Wingert, he de darles además las gracias por sus comentarios a las primeras versiones de mi manuscrito, que me fueron de gran ayuda. También he de dar las gracias a Thomas A. McCarthy por sus observaciones. A los conocimientos jurídicos de Klaus Günther les debo tantas enseñanzas, que casi no me atrevo a eximirlo en el mismo grado que a los demás de la responsabilidad de mis errores, cosa que, sin embargo, hago aquí expresamente. A la señora Heide Natkin le doy las gracias por su ayuda en la confección del manuscrito, sobre todo en el proceso de las múltiples correcciones de éste.

Francfort, julio 1992.

J. H.

10. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988; B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1991; I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt a. M., 1992; B. Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1993; L. Wingert, *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt a. M., 1993; R. Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1994.

I

EL DERECHO COMO CATEGORÍA DE LA MEDIACIÓN SOCIAL ENTRE FACTICIDAD Y VALIDEZ

•

El concepto de razón práctica como capacidad subjetiva es una acuñación moderna. El paso desde la conceptuación aristotélica a premisas de la filosofía del sujeto tenía la desventaja de que la razón práctica quedaba desgajada de sus plasmaciones en formas culturales de vida y en instituciones y órdenes políticos. Pero tenía la ventaja de que de ahora en adelante la razón práctica quedaba referida a la felicidad individualistamente entendida y a la autonomía moralmente peraltada del sujeto individuado, a la libertad del hombre como un sujeto privado que también puede asumir los papeles de miembro de la sociedad civil, de ciudadano de un determinado Estado y de ciudadano del mundo. En su papel de ciudadano del mundo el individuo se funde con el hombre en general, es a la vez yo como particular y yo como universal. A este repertorio conceptual del siglo XVIII se añade en el siglo XIX la dimensión de la historia. El sujeto individual queda envuelto en su biografía, al igual que los Estados, en tanto que sujetos del derecho de gentes, quedan envueltos en la historia de las naciones. Hegel acuña a este propósito el concepto de espíritu objetivo. Ciertamente, Hegel, al igual que Aristóteles, está todavía convencido de que la sociedad encuentra su unidad en la vida política y en la organización del Estado. La filosofía práctica de la Edad Moderna sigue partiendo de que los individuos pertenecen a la sociedad lo mismo que a un colectivo pertenecen sus miembros o que al todo pertenecen las partes, aun cuando ese todo haya de constituirse por la unión de esas partes.

Pero las sociedades modernas se han vuelto mientras tanto tan complejas, que estas dos figuras de pensamiento, a saber, la de una sociedad centrada en el Estado y la de una sociedad compuesta de individuos, ya no se les pueden aplicar sin problemas. Ya la teoría marxista de la sociedad había sacado de ello la consecuencia de re-

nunciar a una teoría normativa del Estado. Pero aun en este caso la razón práctica —ahora en términos de filosofía de la historia— deja sus huellas en el concepto de una sociedad que habría de administrarse democráticamente a sí misma y en la que, junto con la economía capitalista, habría de quedar absorbido, disuelto y extinguido el poder burocrático del Estado. La teoría de sistemas borra incluso tales residuos y renuncia a toda conexión con los contenidos normativos de la razón práctica. El Estado constituye un subsistema entre otros subsistemas sociales funcionalmente especificados; éstos guardan entre sí relaciones sistema-entorno de forma similar a como lo hacen las personas y su sociedad. De la autoafirmación de los individuos que Hobbes entendiera en términos naturalistas sale una consecuente línea de eliminación de la razón práctica que conduce en Luhmann a la autopóiesis de sistemas regulados autorreferencialmente. Ni las formas empiristas de reducción y eliminación, ni los esfuerzos de rehabilitación, parecen poder devolver al concepto de razón práctica la fuerza explicativa que ese concepto tuvo antaño en el contexto de la ética y la política, del derecho natural racional y la teoría moral, de la filosofía de la historia y la teoría de la sociedad.

De los procesos históricos la filosofía de la historia no puede extraer más razón que la que antes ha introducido en ellos con ayuda de conceptos teleológicos; y lo mismo que pasa con la historia, tampoco de la constitución que el hombre debe a su propia historia natural pueden extraerse imperativos de orientación normativa para un modo racional de vida. Al igual que la filosofía de la historia, también una antropología del tipo de la de Scheler o la de Gehlen sucumbe a la crítica de aquellas ciencias que esa antropología trata en vano de tomar filosóficamente a su servicio: las debilidades de la primera (de la filosofía de la historia) resultan simétricas a las debilidades de la segunda (de la mencionada antropología). No más convincente es la renuncia contextualista a la fundamentación, que responde a las fracasadas tentativas de fundamentación por parte de la antropología y de la filosofía de la historia, pero que no logra ir más allá de una resignada apelación a la fuerza normativa de lo fáctico. La tan loada senda evolutiva que en el «Atlántico Norte» representó el Estado democrático de derecho, nos ha suministrado, ciertamente, resultados dignos de conservarse; pero quienes no han tenido la suerte de figurar entre los afortunados herederos de los padres fundadores de la Constitución americana, no pueden encontrar precisamente en sus propias tradiciones buenas razones que les permitan distinguir entre lo digno de conservarse y lo necesitado de crítica. Los residuos del normativismo del derecho natural se pierden, pues, en el «trilema» de que los contenidos de una razón práctica, que hoy es ya insostenible en la forma que adoptó en el contexto de la filosofía del sujeto, no pueden fundamentarse ni en una teología de la

historia, ni en la constitución natural del hombre, ni tampoco recurriendo a los haberes de tradiciones afortunadas y logradas si se los considera resultado contingente de la historia. Esto explica el atractivo que ofrece la única alternativa que, según parece, queda abierta: la intrépida y decidida negación de la razón, sea ello en las formas dramáticas de una crítica posnietzscheana de la razón, sea en la modalidad algo más somera de un funcionalismo sociológico que neutraliza todo lo que aún pudiese reclamar fuerza vinculante y relevancia desde la perspectiva del participante. Pero quien en las ciencias sociales no quiera apostar incondicionalmente por lo contraintuitivo, tampoco encontrará atractiva esta solución. Por eso, en *Teoría de la acción comunicativa* emprendí un camino distinto: el lugar de la razón práctica pasa a ocuparlo la razón comunicativa. Y esto es algo más que un cambio de etiqueta.

En las tradiciones de pensamiento viejoeuropeo quedó establecida una conexión en cortocircuito entre la razón práctica y la práctica social. Con ello la esfera de la práctica social quedaba sometida por entero a planteamientos normativos o a planteamientos criptonormativos, más o menos articulados en términos de filosofía de la historia. Y lo mismo que la razón práctica tenía por fin orientar al particular en la acción, así también el derecho natural pretendió —incluso hasta Hegel— circunscribir normativamente el único orden social y político que podía considerarse correcto. Distinto es el lugar que en la articulación de la teoría ocupa un concepto de razón que queda situado en el medio que representa el lenguaje, y descargado de la vinculación exclusiva a lo moral; ese concepto puede servir también a fines descriptivos cuales son la reconstrucción de estructuras de conciencia y de «competencias» de la especie, con las que nos encontramos ahí, y conectar con formas de consideración de tipo funcionalista y con explicaciones empíricas[1].

La razón comunicativa empieza distinguiéndose de la razón práctica porque ya no queda atribuida al actor particular o a un macrosujeto estatal-social. Es más bien el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida, el que hace posible a la razón comunicativa. Esta racionalidad viene inscrita en el *telos* que representa el entendimiento intersubjetivo y constituye un *ensemble* de condiciones posibilitantes a la vez que restrictivas. Quien se sirve de un lenguaje natural para entenderse con un destinatario acerca de algo en el mundo se ve obligado a adoptar una actitud realizativa y a comprometerse con determinadas suposiciones. Entre otras cosas, tiene que partir de que los participantes persiguen sin reservas sus fines ilocucionarios, ligan su

1. J. Habermas, «Ciencias sociales reconstructivas *vs.* comprensivas», en Id., *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona ²1991, pp. 31-57.

acuerdo al reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez susceptibles de crítica y se muestran dispuestos a asumir las obligaciones relevantes para la secuencia de interacción que se siguen de un consenso. Lo que así viene implicado en lo que he llamado «base de validez del habla», se comunica también a las formas de vida que se reproducen a través de la acción comunicativa. La racionalidad comunicativa se manifiesta en una trama decentrada de condiciones transcendentalmente posibilitantes, formadoras de estructuras, y que impregnan la interacción, pero no es una facultad subjetiva que dicte a los actores qué es lo que *deben* hacer.

La racionalidad comunicativa no es como la forma clásica de la razón práctica una fuente de normas de acción. Sólo tiene un contenido normativo en la medida que quien actúa comunicativamente no tiene más remedio que asumir presupuestos pragmáticos de tipo contrafáctico. Tiene que emprender idealizaciones, por ejemplo, atribuir a las expresiones significados idénticos, asociar a sus manifestaciones o elocuciones una pretensión de validez que transciende el contexto, suponer a sus destinatarios capacidad de responder de sus actos, esto es, autonomía y veracidad, tanto frente a sí mismos como frente a los demás. En tal situación, quien actúa comunicativamente se halla bajo ese «tener que» que caracteriza a lo que podemos denominar coerción transcendental de tipo débil, pero no por ello se halla ya ante el «tienes que» prescriptivo de una regla de acción, se reduzca ese «tienes que» a la validez deontológica de un precepto moral, a la validez axiológica de una constelación de valores objeto de preferencias, o a la eficacia empírica de una regla técnica. Una corona de presuposiciones inevitables constituye el fundamento contrafáctico del habla fáctica y del entendimiento intersubjetivo fáctico, una corona de idealizaciones, pues, que se enderezan críticamente contra los propios resultados de ese entendimiento, el cual puede, por tanto, *transcenderse* a sí mismo. Con ello la tensión entre la idea y la realidad irrumpe en la propia facticidad de las formas de vida lingüísticamente estructuradas. La práctica comunicativa cotidiana se exige demasiado a sí misma con sus propias presuposiciones idealizadoras; pero sólo a la luz de esa transcendencia intramundana pueden producirse procesos de aprendizaje.

La razón comunicativa posibilita, pues, una orientación por pretensiones de validez, pero no da ninguna orientación de contenido determinado para la solución de tareas prácticas, no es ni informativa ni tampoco directamente práctica. Se extiende por un lado a todo el espectro de pretensiones de validez, es decir, a la verdad proposicional, a la veracidad subjetiva y a la rectitud normativa, y alcanza, por tanto, más allá del ámbito de las cuestiones práctico-morales. Por otro lado, se refiere sólo a convicciones e ideas, es decir, a manifestaciones susceptibles de crítica, que por principio resultan

accesibles a la clarificación argumentativa, y, por tanto, queda por detrás de una razón práctica a la que se suponga por meta la motivación y la dirección de la voluntad. La normatividad en sentido de orientación vinculante de la acción no coincide por entero con la racionalidad de la acción orientada al entendimiento. Normatividad y racionalidad se cortan y solapan en el campo de la fundamentación de las convicciones morales que se examinan en actitud hipotética y que sólo poseen la fuerza débil que caracteriza a la motivación racional, pero que en todo caso no pueden asegurar por sí mismas la traducción de tales convicciones a una acción motivada[2].

Estas diferencias hay que tenerlas presentes cuando en el contexto de una teoría de la sociedad planteada en términos reconstructivos me atengo al concepto de razón comunicativa. En este contexto distinto también la concepción tradicional de la razón práctica cobra un significado distinto, en cierta medida heurístico. Ya no sirve directamente a introducir una teoría normativa del derecho y la moral. Más bien ofrece un hilo conductor para la reconstrucción de esa trama de discursos formadores de opinión y preparadores de la decisión, en que está inserto el poder democrático ejercido en forma de derecho. Las formas de comunicación articuladas en términos de Estado de derecho, en las que se desarrollan la formación de la voluntad política, la producción legislativa y la práctica de decisiones judiciales, aparecen desde esta perspectiva como parte de un proceso más amplio de racionalización de los mundos de la vida de las sociedades modernas, sometidas a la presión de imperativos sistémicos. Pero con tal reconstrucción se habría obtenido a la vez un estándar crítico con el que poder juzgar las prácticas de una realidad constitucional que se ha vuelto inabarcable.

Pese a la distancia que la separa de los conceptos de razón práctica que nos resultan conocidos por la tradición, no resulta en modo alguno trivial que una teoría contemporánea del derecho y de la democracia busque todavía conectar con los conceptos clásicos. Esta teoría parte de la fuerza de integración social que poseen procesos de entendimiento racionalmente motivantes, que sobre la base del mantenimiento de una comunidad de convicciones permiten conservar distancias y respetar diferencias reconocidas como tales. Desde esta perspectiva interna es desde la que los filósofos morales y los filósofos del derecho siguen desarrollando, igual que antes, e incluso de forma más viva y movida, sus discursos normativos. Al adoptar la actitud realizativa de participantes y afectados y especializarse en cuestiones de validez normativa, caen, sin embargo, en la tentación de reducirse al limitado horizonte de los mundos de la vida, que hace

2. J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991.

ya mucho tiempo que quedó desencantado y desacralizado por el científico social. Las teorías normativas se exponen así a la sospecha de no tomar debidamente en consideración esos hechos duros que desde hace ya tiempo se vienen encargando de desmentir la autocomprensión del Estado constitucional moderno, inspirada por el derecho natural. Desde el punto de vista de la objetivación que practican las ciencias sociales, una conceptuación filosófica que todavía opera con la alternativa de orden estabilizado mediante *violencia* u orden *racionalmente* legitimado, ha de considerarse ingrediente de esa semántica de transición que caracterizó a la primera Modernidad, que supuestamente habría quedado obsoleta al consumarse la transición de las sociedades estratificadas a las funcionalmente diferenciadas. Y también quien, aun prescindiendo del concepto de «razón práctica», le busca como sucesor el concepto de razón comunicativa, asegurándole un puesto central y estratégico en la articulación de la teoría, no tendrá más remedio, por lo menos así parece, que peraltar una forma especial y particularmente exigente de comunicación, la cual sólo podrá cubrir una pequeña parte del amplio espectro de comunicaciones observables: «Tras tal estrechamiento apenas se logrará después reintroducir en el nuevo paradigma del entendimiento una teoría de la sociedad suficientemente compleja»[3].

Escindidas y desgarradas así entre facticidad y validez la teoría de la política y la teoría del derecho se disgregan hoy en posiciones que apenas tienen entre sí nada que decirse. La tensión entre planteamientos normativistas, que siempre corren el riesgo de perder el contacto con la realidad social, y planteamientos objetivistas que eliminan todos los aspectos normativos, puede servir como advertencia para no empecinarse en ninguna orientación ligada a una sola disciplina, sino mantenerse abiertos a distintos puntos de vista metodológicos (participante *vs.* observador), a diversos objetivos teoréticos (reconstrucción efectuada en términos de comprensión y de análisis conceptual *vs.* descripción y explicación empíricas) a las diversas perspectivas que abren los distintos roles sociales (juez, político, legislador, cliente de las burocracias estatales, y ciudadano) y a distintas actitudes en lo que se refiere a pragmática de la investigación (hermenéutica, crítica, analítica, etc.)[4]. Las investigaciones que siguen, se mueven en este amplio campo.

El planteamiento articulado en términos de teoría del discurso se había limitado hasta ahora a la formación individual de la voluntad y se había acreditado en el ámbito de la filosofía moral y en el terreno de lo ético. Pero desde el punto de vista funcional cabe razonar por

3. N. Luhmann, «Intersubjektivität oder Kommunikation»: *Archivio di Filosofia*, vol. LIV (1986), p. 51, nota 28.

4. B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 33 ss.

qué la forma postradicional que representa una moral regida por principios necesita de una complementación por el derecho positivo[5]. De ahí que las cuestiones de teoría del derecho hagan de antemano añicos el marco de un tipo de consideración exclusivamente normativa. La teoría discursiva del derecho, y del Estado de derecho, habrá de abandonar los carriles convencionales de la filosofía del derecho y del Estado, aun cuando haya de asumir los planteamientos de éstas. En los *dos primeros* capítulos persigo el doble objetivo de explicar por qué la teoría de la acción comunicativa concede a la categoría «derecho» una posición central y por qué constituye a su vez un contexto apropiado para una teoría discursiva del derecho. Lo que en este contexto me importa es la elaboración de un planteamiento reconstructivo que haga suyas ambas perspectivas: la de una teoría sociológica del derecho y la de una teoría filosófica de la justicia. En los capítulos *tercero* y *cuarto* reconstruyo desde puntos de vista de la teoría del discurso el contenido normativo del sistema de los derechos y de la idea de Estado de derecho. Partiendo de los planteamientos del derecho natural racional trato de mostrar cómo, en la situación de las sociedades complejas como son las nuestras, cabe entender de modo distinto y nuevo la vieja promesa de una autoorganización jurídica de ciudadanos libres e iguales. A continuación someto a análisis y desarrollo el concepto discursivo de derecho y de Estado democrático de derecho en el contexto de las discusiones contemporáneas. El capítulo *quinto* trata en términos generales el problema de la racionalidad de la administración de justicia, y el *sexto* el problema de la legitimidad de la jurisprudencia constitucional. El capítulo *séptimo* desarrolla el modelo de la política deliberativa en discusión con teorías de la democracia que se basan en un concepto empirista de poder. En el capítulo *octavo* investigo cómo funciona en las sociedades complejas la regulación que en términos de Estado de derecho se produce en ellas del ciclo del poder. En conexión con esta última discusión de teoría de la sociedad, la teoría discursiva del derecho sirve finalmente a la introducción de un paradigma procedimentalista del derecho, que, como mostraré en el *último* capítulo, puede sacarnos del atolladero en que se ha convertido hoy el antagonismo entre los modelos sociales que representan el derecho formal burgués y el derecho ligado al Estado social.

*

En teoría del derecho disputan entre sí sociólogos, juristas y filósofos acerca de la adecuada articulación de la relación entre facticidad y validez; y según sea la posición que se adopte respecto a esa relación problemática, se llegará a premisas distintas y a estrategias

5. Cf. más abajo cap. III, pp. 169 ss.

teóricas distintas. Por tanto, lo primero que haré será explicar el planteamiento de teoría de la sociedad que está a la base de mi interés por la teoría del derecho. La teoría de la acción comunicativa empieza asumiendo en sus propios conceptos básicos la tensión entre facticidad y validez. Con esta arriesgada decisión, mantiene la conexión con la concepción clásica de una relación interna, aunque siempre también muy mediatizada, entre sociedad y razón, es decir, entre las restricciones y coerciones bajo las que se efectúa la reproducción de la vida social, por un lado, y la idea de una vida autoconsciente, por otro[6]. Mas con ello la teoría de la acción comunicativa se busca el problema de tener que explicar cómo puede efectuarse la reproducción de la vida social sobre un terreno tan frágil como es el de esas pretensiones de validez transcendedoras. Como candidato para tal explicación ofrécese el medio que representa el derecho, especialmente en la forma moderna de derecho positivo. Pues tales normas jurídicas posibilitan comunidades altamente artificiales, que se entienden a sí mismas como asociaciones de miembros libres e iguales, cuya cohesión descansa en la amenaza de sanciones externas y simultáneamente en la suposición de un acuerdo racionalmente motivado.

Con el concepto de acción comunicativa queda a cargo de las «energías ilocucionarias de vínculo», que posee el empleo del lenguaje orientado al entendimiento, es decir, queda a cargo del propio tipo de lazos que se establecen con el empleo mismo del lenguaje orientado a entenderse la importante función de coordinar la acción. De ahí que lo primero que haré será recordar cómo cambia la concepción clásica, acuñada en la filosofía idealista, de la relación entre facticidad y validez cuando se entiende al lenguaje como un medio universal de plasmación de la razón (I). La tensión entre facticidad y validez que se introduce así en el modo mismo de coordinación de la acción, plantea altas exigencias al mantenimiento de los órdenes sociales. Mundo de la vida, instituciones cuasinaturales y derecho tienen que absorber las inestabilidades de una socialización que se efectúa mediante tomas de postura de afirmación o negación frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica (II). En las sociedades modernas, dada la importancia que en ellas cobra el sistema económico, este problema general se agudiza de forma especial, convirtiéndose en la cuestión de cómo ligar normativamente interacciones estratégicas desligadas de la eticidad tradicional. Ello explica, por un lado, la estructura y sentido de la validez de los derechos subjetivos, y, por otro, las connotaciones idealistas de una comunidad jurídica

6. En términos similares tiene en cuenta Husserl el papel fundamental de las pretensiones de validez en la constitución del mundo de la vida; cf. J. Habermas, «Lecciones sobre una fundamentación de la sociología en términos de teoría del lenguaje», en Id., *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, 19[illegible], en especial pp. 38 ss.

que, como una asociación de ciudadanos libres e iguales, define ella misma las reglas de su convivencia (III).

I

El paso desde una conceptuación básica ligada a la «razón práctica» a una conceptuación ligada a la «racionalidad comunicativa» tiene para la teoría de la sociedad la ventaja de no haber de dejar simplemente de lado los planteamientos y soluciones que se han venido desarrollando en la filosofía práctica desde Aristóteles hasta Hegel. Pues no puede darse en modo alguno por hecho que el precio que hayamos de pagar por abandonar premisas metafísicas y por pasar a un tipo de pensamiento posmetafísico sea la indiferencia frente a cuestiones que están lejos de enmudecer en el mundo de la vida. Mientras la teoría no se cierre a sí misma el acceso al acervo de las intuiciones cotidianas de los legos, no puede ignorar, aunque sólo sea por razones metodológicas, los problemas con que objetivamente se topan los legos. Ciertamente, la filosofía práctica tomó sus cuestiones básicas: «¿Qué debo hacer?» o «¿Qué es a largo plazo y visto en conjunto lo bueno para mí?», tomó, digo, estas sus cuestiones básicas directamente de la vida cotidiana sin practicar mediación sociológica alguna y las elaboró sin pasarlas por el filtro de la objetivación sociológica. La renuncia a la «razón práctica» como concepto básico, señaliza la ruptura con este normativismo. Pero también el concepto que hereda y sustituye al de razón práctica, es decir, el concepto de razón comunicativa, conserva todavía adherencias idealistas, que en el nuevo contexto, esto es, en el contexto de una teoría sociológicamente comprometida no sólo con la «comprensión» sino también con la «explicación», en modo alguno representan solamente ventajas.

Por mucho que el concepto de razón se haya alejado hoy de sus orígenes platónicos y por mucho que haya cambiado a través de la mudanza de paradigmas, le sigue siendo constitutiva una referencia, si no a contenidos ideales e incluso a «idea» en sentido kantiano, sí a una conceptuación idealizadora, a una conceptuación que hace siempre alusión a límites. Esa idealización empuja a los conceptos por encima de la adaptación mimética a una realidad dada y necesitada de explicación. Ahora bien, cuando con el concepto de razón comunicativa tal operación idealizadora se adscribe incluso a la propia realidad social, cuando tal operación queda, por así decir, incorporada a la propia realidad social, crece la desconfianza bien fundada en las ciencias experimentales contra todo tipo de confusión entre razón y realidad. ¿En qué sentido podría plasmarse algo así como razón comunicativa en hechos sociales? ¿Y qué es lo que nos obliga

a introducir tal suposición que, a todas luces, es enteramente contraintuitiva? Sin pretender recapitular los elementos básicos de mi teoría de la acción comunicativa, no tengo más remedio que tratar de recordar brevemente cómo se plantea *tras el giro lingüístico* la relación entre facticidad y validez; esa relación empieza produciéndose incluso en el plano más elemental, cual es el de la formación de conceptos y juicios.

(1) Tras que los supuestos metafísicos básicos de Kant acerca de la oposición abstracta entre lo inteligible y lo fenoménico dejasen de resultar convincentes, y tras que el entrelazamiento especulativo que Hegel llevara a cabo de las esferas de la esencia y del fenómeno, puestas dialécticamente en movimiento, perdiese su plausibilidad, se impusieron en el curso del siglo XIX concepciones empíricas que daban preferencia a una explicación psicológica de las relaciones lógicas y en general de las relaciones conceptuales: las relaciones de validez quedaban asimiladas a decursos fácticos de conciencia. Contra este psicologismo se vuelven, casi con los mismos argumentos, o por lo menos con argumentos similares, Ch. S. Peirce en América, Gottlob Frege y Edmund Husserl en Alemania, y, finalmente, G. E. Moore y B. Russell en Inglaterra. Estos autores sientan los hitos para la filosofía del siglo XX al volverse contra el intento de convertir a la psicología empírica en ciencia de fundamentos en lo tocante a lógica, matemáticas y gramática.

La objeción central la resume Frege en la tesis: «No somos portadores de los pensamientos (*Gedanken*) como somos portadores de nuestras representaciones»[7]. Las representaciones son en cada caso mis representaciones o tus representaciones; han de adscribirse a un sujeto de ellas, identificable en el espacio y en el tiempo, mientras que los pensamientos transcienden los límites de una conciencia individual. Los pensamientos, aun cuando sean aprehendidos por distintos sujetos, en distintos lugares y en distintos momentos, son siempre, en sentido estricto, en lo que a su contenido se refiere, *los mismos* pensamientos.

El análisis de las oraciones predicativas simples muestra además que los pensamientos tienen una estructura más compleja que los objetos del pensar representativo. Con ayuda de nombres, descripciones definidas y expresiones deícticas, nos referimos a estos o a aquellos objetos, mientras que las oraciones en las que tales términos singulares ocupan la posición de sujeto, expresan en conjunto una proposición o reflejan un estado de cosas. Cuando tal pensamiento es verdadero, la oración que lo expresa, refleja un hecho. En

7. G. Frege, *Investigaciones lógicas*, Madrid, 1984, p. 78.

esta sencilla consideración descansa la crítica a la idea de que el pensar sea conciencia representativa. Pues en la representación están dados sólo objetos; los estados de cosas o los hechos los aprehendemos en pensamientos. Con esta crítica da Frege el primer paso hacia el giro lingüístico. Pensamientos y estados de cosas ya no pueden, sin más mediaciones, quedar alojados en el mundo de los objetos representables; sólo son accesibles en tanto que *expuestos*, es decir, en tanto que estados de cosas expresados en oraciones.

(2) Los pensamientos están articulados proposicionalmente. Lo que esto significa puede uno aclarárselo recurriendo a la estructura gramatical de las oraciones asertóricas simples. No necesito entrar en esto ahora. Lo importante es que es en la estructura de las oraciones donde podemos leer la estructura de los pensamientos. Y las oraciones son los componentes elementales, susceptibles de verdad, de un lenguaje gramatical. Nos vemos, pues, remitidos al medio que representa el lenguaje cuando tratamos de explicar el peculiar *status* por el que los pensamientos se distinguen de las representaciones. Ambos momentos, el momento conforme al que el pensamiento transciende los límites de la conciencia empírica individual y el momento de independencia del contenido del pensamiento respecto de la corriente de vivencias de un individuo pueden describirse diciendo que las expresiones lingüísticas tienen para sus diversos usuarios *significados idénticos*. En todo caso, los miembros de una comunidad de lenguaje han de partir en la práctica de que hablantes y oyentes pueden entender de forma idéntica una expresión gramatical. Suponen que las mismas expresiones mantienen el mismo significado en la pluralidad de situaciones y actos de habla en que son empleadas. Ya en el plano del substrato sígnico de los significados, el tipo del signo ha de poder ser reconocido como el mismo signo en la diversidad de las correspondientes inscripciones o realizaciones de él. En esta relación de *type* y *token*, concretamente percibida, se refleja esa relación lógica de universal y particular que el idealismo filosófico había entendido como relación entre esencia y fenómeno. Lo mismo vale para el concepto o para el significado y para las formas fenoménicas de expresión de ellos. Lo que a un pensamiento que exponemos lo distingue como universal, es decir, como algo idéntico a sí mismo y públicamente accesible, como algo transcendente frente a la conciencia individual, lo que lo distingue, digo, de las representaciones, particulares en cada caso, episódicas y sólo accesibles privadamente, es decir, de las representaciones como algo inmanente a la conciencia, es ese tipo de idealidad fundada en signos lingüísticos y reglas gramaticales. Son estas reglas las que otorgan a los sucesos lingüísticos en su dimensión fonética, sintáctica y semántica su forma determinada, su forma estable y susceptible de reconocerse a través de las variaciones.

(3) La idealidad de la universalidad del concepto y del pensamiento está entrelazada con una idealidad de tipo muy distinto. Todo pensamiento completo tiene como contenido determinado un estado de cosas que puede expresarse en una oración enunciativa. Pero allende ese contenido enunciativo o contenido en general, todo pensamiento exige una ulterior determinación: cabe preguntar si es verdadero o es falso. Los sujetos pensantes y hablantes pueden tomar postura frente a todo pensamiento con un sí o con un no; de ahí que al simple tener un pensamiento se añada un acto de juicio. Sólo el pensamiento afirmado o la oración verdadera expresan un hecho. El enjuiciamiento afirmativo de un pensamiento o el sentido asertórico de una oración enunciativa afirmada pone en juego con la validez del juicio o la validez de la oración un ulterior momento de idealidad.

La crítica semántica del pensamiento representativo nos enseña ya que la oración: «Esa pelota es roja» no expresa la representación individual de una pelota roja. Antes es la exposición de la circunstancia *de que* esa pelota es roja. Esto significa que un hablante, al emitir 'p' en el modo asertórico, no se está refiriendo con su enjuiciamiento afirmativo o afirmación a la existencia de un objeto, sino a la existencia de un correspondiente estado de cosas. En cuanto se expande 'p' convirtiéndola en la oración: «*Existe* al menos un objeto que es una pelota, y de esa pelota *vale* decir que es roja», se ve que la validez veritativa de 'p' y la existencia o ser-el-caso del correspondiente estado de cosas o circunstancia, no puede entenderse por analogía con la existencia de un objeto. El ser veritativo no puede confundirse con la existencia en sentido de existencia de un objeto[8]. Pues en ese caso uno podría verse llevado con Frege, Husserl, y más tarde también con Popper, a una concepción platónica del significado conforme a la que a los pensamientos, proposiciones o estados de cosas les corresponde un ser-en-sí ideal. Estos autores se ven llevados a complementar simplemente la arquitectónica de la filosofía de la conciencia con un tercer mundo de objetos intemporalmente ideales que se opondría al mundo de los procesos localizables en el espacio y en el tiempo, y, por cierto, por un lado, al mundo objetivo de los objetos y sucesos susceptibles de experiencia y susceptibles de manipulación, así como, por otro, al mundo subjetivo de las vivencias a las que cada cual tiene un acceso privilegiado.

Pero esta teoría de los tres mundos, sostenida por los «platónicos del significado», no es menos metafísica que la teoría de los dos reinos del idealismo subjetivo. Pues sigue siendo un enigma cómo esos tres mundos pueden entrar en contacto entre sí: «Incluso lo

8. Cf. E. Tugendhat, *Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, Frankfurt a. M., 1976, pp. 35 ss.

intemporal tiene de algún modo que estar entretejido con lo temporal», dice Frege[9]. Una vez que los significados y pensamientos han sido hipostatizados convirtiéndoselos en objetos ideales, las relaciones entre los mundos, tanto la relación de exposición de los hechos, como la relación de aprehensión y enjuiciamiento de los pensamientos, plantean arduos y pertinaces problemas, en los que durante decenios viene laborando en vano la semántica formal.

(4) Su *status* de idealidades, que presta a los pensamientos una estructura fija, proposicional, independiente de la corriente de vivencias, asegurando así a los conceptos y juicios unos contenidos universales, intersubjetivamente reconocibles y en este sentido idénticos, remite de por sí a la idea de verdad. Pero la idealidad de la *validez veritativa*, a diferencia de lo que ocurre con la idealidad que la generalidad o *carácter público del significado* comporta, no puede explicarse solamente recurriendo a legiformidades gramaticales, es decir, recurriendo sólo a la estructura de reglas del lenguaje. Y como la semántica formal, siguiendo en esto a Frege, opera sólo con un concepto semántico de lenguaje, que elimina todos los aspectos relativos al empleo del lenguaje y los deja al análisis empírico, no puede explicar tampoco el sentido de la verdad dentro del horizonte de la comunicación lingüística. En lugar de eso recurre a la relación ontológica entre lenguaje y mundo, entre oración y estado de cosa = hecho, o entre pensamiento (pensado) y fuerza pensante (como capacidad subjetiva de aprehender y enjuiciar pensamientos). En cambio, Ch. S. Peirce va consecuentemente más lejos en el giro lingüístico al incluir también en el análisis formal el empleo del lenguaje, es decir, la dimensión pragmática del lenguaje.

Al igual que Humboldt la conversación o diálogo, Peirce considera la comunicación, y en general la interpretación de signos, como pieza nuclear de las operaciones lingüísticas. Recurriendo al modelo que representa la práctica intersubjetiva del mutuo entenderse, puede explicar no solamente el momento fundador de generalidad que representa la formación de conceptos, sino también el momento transcendedor del tiempo, que representa la formación de juicios verdaderos. En lugar del concepto diádico de un mundo representado lingüísticamente, aparece en Peirce el concepto triádico de la representación lingüística de algo para un posible intérprete[10]. El mundo como conjunto de los hechos posibles se constituye solamente para una comunidad de interpretación cuyos miembros se entienden entre sí sobre algo en el mundo dentro de un mundo de la

9. G. Frege, *Investigaciones lógicas*, pp. 83 ss.
10. J. Habermas, «Charles S. Peirce sobre comunicación», en Id., *Textos y contextos*, Barcelona, 1996, pp. 37-58.

vida intersubjetivamente compartido. «Real» es lo que puede exponerse en enunciados verdaderos, explicándose a su vez «verdadero» por referencia a la pretensión que el hablante entabla frente al oyente al afirmar un enunciado. Con el sentido asertórico de su afirmación entabla el hablante una pretensión susceptible de crítica, en lo que respecta a la validez del enunciado afirmado; y como nadie dispone de la posibilidad de un acceso directo a condiciones de validez no interpretadas, la «validez» ha de entenderse epistémicamente como «validez que se nos impone como tal a nosotros». La pretensión de verdad de un proponente, cuando está justificada, habrá de poder defenderse con razones frente a las objeciones de posibles oponentes y al cabo habrá de poder contarse con un acuerdo racionalmente motivado de la comunidad de interpretación en conjunto.

Pero para ello no basta con la referencia a cualquier comunidad *particular* de interpretación, que se haya instalado en su forma particular de vida. Aun cuando no podemos abandonar la esfera del lenguaje y la argumentación y tengamos que entender la realidad como la totalidad de aquello que podemos representar en enunciados verdaderos, no puede perderse la referencia a la realidad como referencia a algo independiente de nosotros en el sentido de trascendente. Con toda pretensión de validez transcienden hablante y oyente los criterios provinciales de todo colectivo particular, de toda práctica particular de mutuo entendimiento, localizable aquí y ahora. De ahí que Peirce construya, con ayuda del concepto contrafáctico de *final opinion*, de un consenso alcanzado en condiciones ideales, algo así como una transcendencia desde dentro: «Lo real, pues, es aquello en lo que más pronto o más tarde vendrían finalmente a parar la información y el razonamiento, y que es por tanto independiente de mis ocurrencias o las tuyas. Así, pues, el origen mismo de la concepción de la realidad muestra que esta concepción implica esencialmente la noción de una comunidad, sin límites definidos, y capaz de un aumento definido de conocimiento»[11]. Peirce explica la verdad como aceptabilidad racional, es decir, como el desempeño o resolución de una pretensión de validez susceptible de crítica bajo las condiciones de comunicación de un auditorio de intérpretes capaces de juicio, ampliado idealmente en el espacio social y en el tiempo histórico.

(5) Con esta explicación de la idea de verdad, efectuada en términos de pragmática del lenguaje, tocamos una relación entre facticidad y validez, que es esencial para la práctica misma del entendi-

11. Ch. S. Peirce, *Collected Papers* V, Cambridge, Mass., 1966, p. 311; cf. también K.-O Apel, *Der Denkweg von Charles S. Peirce*, Frankfurt a. M., 1975; J. E. McCarthy, «Semiotic Idealism», en *Transactions of the Ch. S. Peirce Society*, vol. 20, 1984, pp. 395 ss.

miento intersubjetivo y que, por tanto (frente a la realidad de la naturaleza, objetivada en la acción instrumental o en la práctica metodológica de las ciencias), es esencial para la realidad de nivel superior que es la sociedad, a la que también pertenece la *community of investigators* de Peirce. La idealidad de la generalidad o universalidad que convenía al concepto, nos puso ante el problema de explicar recurriendo a la estructura de las reglas del lenguaje cómo pueden mantenerse significados idénticos en la diversidad de realizaciones lingüísticas de las que pueden resultar susceptibles. La idealidad de la validez veritativa nos confrontó con la tarea ulterior de explicar recurriendo a las condiciones comunicativas de la práctica de la argumentación cómo las pretensiones de validez entabladas aquí y ahora y enderezadas a un reconocimiento o aceptación intersubjetivos pueden apuntar más allá de los estándares que cada comunidad particular de intérpretes aplica a la hora de tomar postura con un sí o con un no. Sólo este momento transcendedor distingue a las prácticas a las que es inmanente un juego de justificación, orientado por pretensiones de verdad, de aquellas otras prácticas que vienen simplemente reguladas por convenciones sociales. Para Peirce la referencia a una comunidad *indefinida* de comunicación sirve a la sustitución del momento de eternidad (o del carácter supratemporal) que la incondicionalidad comporta, por la idea de un proceso de interpretación abierto, pero orientado, que transciende los límites del espacio social y del tiempo histórico desde dentro, es decir, desde la perspectiva de una existencia finita localizada en el mundo. En el tiempo, según Peirce, los procesos de aprendizaje de la comunidad indefinida de comunicación formarían ese arco que salva todas las distancias espacio-temporales; en el mundo han de ser susceptibles de realizarse esas condiciones que hemos de suponer suficientemente cumplidas para esa incondicional pretensión con que se nos presentan esas pretensiones de validez transcendedoras. Y por «suficiente» ha de tenerse aquel grado de cumplimiento que convierte a nuestra particular práctica argumentativa en un ingrediente, espaciotemporalmente localizable, del discurso universal de una comunidad ilimitada de interpretación, discurso que inevitablemente hemos de presuponer. Con esta *proyección* la tensión entre facticidad y validez se desplaza a los presupuestos de la comunicación, que, aun cuando tengan un contenido *ideal*, que, por tanto, sólo se puede realizar aproximativamente, han de hacerlos *de hecho* todos los implicados cada vez que afirman o discuten la verdad de un enunciado y, a fin de justificar esa pretensión de validez, buscan entrar en una argumentación.

Mas al desarrollar este modelo lo que Peirce tenía a la vista es la práctica argumentativa de una república de sabios, pues su principal objetivo era una transformación semiótica de los planteamientos de

teoría del conocimiento y de la ciencia. Pero lo que vale para el entendimiento dentro de la comunidad de comunicación de los investigadores, vale también *mutatis mutandis* para las comunicaciones cotidianas. Pues la teoría de los actos de habla muestra que la práctica comunicativa cotidiana tiene estructuras y presupuestos completamente similares. También aquí los participantes se entienden entre sí sobre algo en el mundo pretendiendo validez para lo que dicen. Pero a diferencia de los procesos de investigación regidos por argumentos, en la práctica comunicativa cotidiana no se empieza haciendo uso del lenguaje de forma exclusiva o principal en su función expositiva; en la práctica comunicativa cotidiana entran en juego todas las funciones que el lenguaje tiene y *todas* las relaciones que el lenguaje guarda con el mundo, de suerte que el espectro de pretensiones de validez se amplía allende las pretensiones de verdad proposicional. Además, estas pretensiones de validez, entre las que además de la pretensión de verdad proposicional tenemos la pretensión de veracidad subjetiva y la pretensión de rectitud normativa, se entablan en la práctica cotidiana de forma ingenua, es decir, *intentione recta*, aun cuando implícitamente sigan referidas a la posibilidad de desempeño o resolución discursivos.

Este espectro ampliado de validez queda, pues, situado en el mundo de la vida y ello hace necesaria una generalización de la concepción peirceana de la comunidad indefinida de comunicación allende la búsqueda cooperativa de la verdad que tiene lugar entre científicos. Esa tensión entre facticidad y validez que Peirce descubrió en los presupuestos irrebasables de la argumentación en la práctica científica, podemos perseguirla, a través de los presupuestos comunicativos de los distintos tipos de argumentación, hasta dentro mismo de los presupuestos pragmáticos de los actos de habla particulares y de los contextos y formas de interacción, trabados por esos actos de habla[12].

II

Cualquiera sea la postura que se adopte frente a los detalles de esta concepción controvertida y todavía necesitada de clarificación, sí podemos retener que con la explicación del significado de las expresiones lingüísticas y de la validez de las oraciones enunciativas tocamos idealizaciones que son anejas al medio que representa el lenguaje: la idealidad que la universalidad del concepto y la universalidad del significado comportan, es accesible a un análisis semántico del lenguaje, la idealidad de los conceptos relativos a validez es accesible a un análisis pragmático del empleo del lenguaje orientado a entenderse. Estas idealizaciones inmanentes al lenguaje cobran además un significado en el contexto de la *teoría de la acción* cuando se tienen en cuenta las «fuerzas ilocucionarias de vínculo» que los actos de habla desarrollan en la coordinación de los planes de acción de los distintos actores, es decir, cuando se tiene en cuenta la capacidad de crear lazos que los actos de habla tienen. Con el concepto de acción comunicativa, que pone en juego al entendimiento lingüístico como mecanismo de coordinación de las acciones, reciben también las presuposiciones contrafácticas de los actores, los cuales han de orientar su acción por pretensiones de validez, una inmediata relevancia para la estructura y mantenimiento de los órdenes sociales; pues éstos *sólo pueden cobrar consistencia* y *perdurar* en el modo del reconocimiento de pretensiones de validez normativas. Esto significa que la tensión entre facticidad y validez, inserta en el lenguaje y en el empleo del lenguaje, retorna en el modo y manera de integración de los individuos socializados, y en todo caso de los individuos socializados en el medio de la comunicación, y ha de ser elaborada por los participantes mismos. En la integración social efectuada a través del derecho positivo esa tensión se estabiliza, como veremos, de forma peculiar.

12. J. Habermas, «Crítica de la teoría del significado», en Id., *Pensamiento posmetafísico*, Madrid, 1990, pp. 108-137; cf. A. Wellmer, «Konsens als Telos sprachlicher Kommunikation?», en H. J. Giegel (ed.), *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1992, pp. 18-30.

(1) Toda interacción social que se produzca sin el ejercicio de una violencia manifiesta, puede entenderse como solución del problema de cómo pueden coordinarse entre sí los planes de acción de diversos actores, de suerte que las acciones de los unos puedan «conectar» con las de los otros. Tal posibilidad de conexión, cuando cobra continuidad, reduce el espacio de las posibilidades de elegir, referidas unas a otras en términos de una doble contingencia, lo reduce, digo, a una medida, que hace posible una concatenación de intenciones y acciones, más o menos libre de conflicto, es decir, permite surjan patrones de comportamiento, y, por tanto, orden social en general. Mientras sólo se utilice el lenguaje como medio para la transmisión de informaciones y de «redundancias», la coordinación de la acción discurre a través del influenciamiento mutuo de actores que operan los unos sobre los otros con el fin de conseguir cada uno sus propios fines. Pero en cuanto las fuerzas ilocucionarias de los actos de habla asumen un papel coordinador de la acción, es el lenguaje mismo el que aparece como fuente primaria de integración social. Sólo en este caso ha de hablarse de «acción comunicativa». En ella los actores, en el papel de hablantes y oyentes, tratan de negociar interpretaciones comunes de la situa-

ción y de sintonizar sus respectivos planes de acción a través de procesos de entendimiento, es decir, por vía de una persecución sin reservas de fines ilocucionarios. Pero las energías de vínculo que despliega el lenguaje sólo pueden movilizarse para la coordinación de los planes de acción si los participantes pueden suspender la actitud objetivante propia del observador y del actor que se orienta directamente a su propio éxito, sustituyéndola por la actitud realizativa de un hablante que busca *entenderse* con una segunda persona sobre algo en el mundo. Bajo esta condición las ofertas que representan los actos de habla alcanzan un efecto coordinador de la acción porque del posicionamiento afirmativo del destinatario frente a una oferta seria resultan obligaciones relevantes para la secuencia de interacción.

El empleo del lenguaje orientado al entendimiento, del que depende la acción comunicativa, funciona del siguiente modo: los participantes, a través de la validez que pretenden para sus actos de habla, o bien se ponen de acuerdo, o bien constatan disentimientos que en el curso posterior de la interacción los participantes tienen en cuenta de común acuerdo. Con todo acto de habla se entablan pretensiones de validez susceptibles de crítica, que se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo. La oferta que representa un acto de habla se torna efectiva en lo que a coordinación se refiere porque el hablante con su pretensión de validez, asume también, *uno actu*, de forma suficientemente fiable, la garantía de que, en caso necesario puede desempeñar su pretensión con la clase correcta de razones. Con tales pretensiones de validez incondicionadas, que por su propio concepto apuntan más allá de todos los criterios provinciales, asumidos y aceptados en un determinado lugar, penetra empero en la facticidad del mundo de la vida esa tensión ideal que Peirce analizó recurriendo al caso de la validez veritativa de los enunciados científicos. La idea de desempeñabilidad o resolubilidad (*Einlösbarkeit*) de pretensiones de validez susceptibles de crítica exige idealizaciones que han de ser efectuadas por los propios actores que actúan comunicativamente y que, por tanto, quedan trasladadas del cielo transcendental al suelo del mundo de la vida. La teoría de la acción comunicativa *destranscendentaliza* el reino de lo inteligible, pero sólo para alojar en los presupuestos pragmáticos inevitables de los actos de habla, es decir, en el corazón de la práctica comunicativa cotidiana, la fuerza idealizadora que tienen esas anticipaciones transcendedoras, que Peirce mostró analizando las formas de comunicación, por así decir, extraordinarias que representa la práctica de la argumentación científica. Incluso la más fugaz oferta contenida en un acto de habla, incluso las tomas de postura de afirmación o negación más convencionales, *remiten* a argumentos o razones potenciales y, por tanto, al auditorio idealmente ampliado de una comuni-

dad ilimitada de comunicación, al que esos argumentos habrían de convencer para quedar justificados, es decir, para ser racionalmente aceptables.

(2) Hemos distinguido entre la idealidad que comporta la universalidad propia de los conceptos y significados, y la idealidad de los conceptos de validez. Estos aspectos pueden explicarse recurriendo en el primer caso a la estructura de regla del lenguaje en general, y en el segundo a las presuposiciones del empleo del lenguaje orientado al entendimiento. Ambos niveles de idealización están insertos en la propia comunicación lingüística y penetran, a través de la acción comunicativa, en la constitución de la realidad social de interacciones concatenadas que se difunden radialmente en el espacio y en el tiempo. La idealidad que la universalidad del significado comporta, determina los contextos de acción comunicativa en la medida en que los participantes no podrían concebir en absoluto la intención de entenderse entre sí sobre algo en el mundo, si sobre la base de una lengua común (o traducible) no *supusieran* que están atribuyendo a las expresiones que emplean significados idénticos. Sólo si se cumple esa condición pueden descubrirse los malentendidos en tanto que malentendidos. La suposición de un empleo de expresiones lingüísticas conservándose idéntico su significado puede revelarse a menudo (e incluso siempre) como inadecuado desde la perspectiva de un observador, o bajo el microscopio de los etnometodólogos; pero, en tanto que contrafáctico, también este presupuesto es un presupuesto necesario de todo empleo del lenguaje orientado al entendimiento.

Con esta tensión entre facticidad y validez tiene que contar toda sociología que sea consciente de la circunstancia de que sólo puede abrirse camino hacia su ámbito de conocimiento a través de una comprensión hermenéutica del sentido. Pero no necesita dejarse inquietar todavía por esta circunstancia en su autocomprensión como ciencia experimental de tipo convencional, porque puede atribuir a los sujetos *mismos* que actúan comunicativamente la capacidad normal, adquirida con la competencia lingüística, de remediar las perturbaciones en la comunicación que se deben a simples malentendidos. Los malentendidos desmienten de forma inofensiva esas idealizaciones que no tenemos más remedio que hacer. Lo mismo vale para una suposición ulterior que también resulta inevitable en la acción comunicativa y que de nuevo consiste en una suposición idealizadora. Los participantes en la interacción tienen que atribuirse mutuamente la capacidad de responder de sus propios actos, es decir, tienen que suponerse mutuamente capaces de orientar su acción por pretensiones de validez. En cuanto esta expectativa de racionalidad resulta falsa, los participantes —al igual que los obser-

vadores sociológicos como participantes virtuales— cambian su actitud realizativa por una actitud objetivante.

Pero la situación es distinta en lo tocante a esos otros presupuestos bien exigentes y contrafácticos de la acción comunicativa que tienen por fin asegurar a las pretensiones de validez su carácter incondicional. Pues este *segundo nivel de idealización* determina la constitución de la realidad social, haciendo que todo acuerdo alcanzado comunicativamente que posibilite la coordinación de la acción, la estructura compleja de interacciones y la concatenación de secuencias de acción, se mida por el reconocimiento intersubjetivo de pretensiones de validez y, por tanto, otorgando a las tomas de postura de afirmación y negación, las cuales descansan en una doble negación, una función clave en el funcionamiento de los juegos de lenguaje cotidianos. Estas posturas de afirmación y negación cargan de una tensión ideal a los hechos sociales que ellas mismas crean, porque reaccionan a pretensiones de validez para cuya justificación es menester suponer el asentimiento de un auditorio idealmente ampliado. La validez que se pretende para los enunciados y normas (también para las «oraciones de vivencia» o expresiones de la propia subjetividad de uno) transciende, por su propio sentido, los lugares y tiempos, mientras que la pretensión actual se entabla, y se acepta o se rechaza —con consecuencias de acción generadoras de hechos— en cada caso aquí y ahora, dentro de determinados contextos. La *validez* que pretendemos para nuestras elocuciones y para nuestras prácticas de justificación se distingue de la *vigencia social* de estándares a los que fácticamente estamos acostumbrados y de expectativas a las que simplemente estamos habituados o que han quedado estabilizadas mediante amenazas de sanción. El momento ideal de incondicionalidad cala profundamente en los procesos fácticos de entendimiento porque las pretensiones de validez tienen una doble haz: como pretensiones aputan por encima de todo contexto; a la vez, han de entablarse, así como aceptarse, aquí y ahora, si es que han de ser portadoras de un acuerdo efectivo en lo tocante a la coordinación de la acción. Pues para este propósito no existe ningún contexto cero. La universalidad de la aceptabilidad racional afirmada salta por encima de todo contexto, pero sólo su aceptación vinculante aquí y ahora convierte a las pretensiones de validez en carriles por los que puede deslizarse una práctica cotidiana siempre ligada al contexto.

Una sociología comprensiva que se percate de que su ámbito de conocimiento lleva dentro esta segunda tensión, más radical, entre facticidad y validez ha de revisar su autocomprensión convencional como ciencia empírica y entenderse como una ciencia social que procede en términos reconstructivos. Pues es menester un planteamiento reconstructivo para explicar cómo bajo las condiciones de

una socialización hasta tal punto inestable que opera con suposiciones contrafácticas permanentemente amenazadas, puede surgir algo así como integración social.

(3) El primer paso hacia la reconstrucción de las condiciones de la integración social conduce al concepto de *mundo de la vida*. El punto de referencia lo constituye el problema de cómo de procesos de formación de consenso que vienen amenazados por una tensión explosiva entre facticidad y validez, puede surgir algo así como orden social. La doble contingencia que toda formación de interacción ha de empezar absorbiendo, toma en el caso de la acción comunicativa la forma particularmente precaria de un riesgo de disentimiento siempre presente, pues que viene inscrito en el propio mecanismo del entendimiento, habiendo de tenerse en cuenta que todo disentimiento causa altos costes desde el punto de vista de la coordinación de la acción. Normalmente se dispone sólo de unas cuantas alternativas cuales son: el recurrir a operaciones sencillas de reparación; el dejar a un lado las pretensiones de validez controvertidas, con la consecuencia de una reducción del campo de convicciones compartidas; el tránsito a discursos costosos con resultado incierto y perturbadores efectos de problematización; la ruptura de la comunicación y el «abandono del campo»; y finalmente, el paso a la acción estratégica, orientada al propio éxito de cada uno. La motivación racional conducente al acuerdo, la cual descansa siempre en un poder-decir-que-no, tiene ciertamente la ventaja de una estabilización no coactiva de expectativas de comportamiento. Pero el alto riesgo de disentimiento, que recibe siempre nuevo nutrimento de experiencias, es decir, de contingencias que nos sorprenden, haría totalmente improbable la integración social a través de un empleo del lenguaje orientado al entendimiento si la acción comunicativa no estuviese inserta en contextos del mundo de la vida que le proporcionasen respaldo mediante un masivo consenso de fondo. Por así decir, las operaciones explícitas de entendimiento se mueven de por sí en el horizonte de convicciones comunes aproblemáticas. Al mismo tiempo, se alimentan de esos recursos de lo *siempre ya familiar*. Las continuas inquietudes que vienen provocadas por la experiencia y por la contradicción, por la contingencia y por la crítica, se rompen continuamente en la práctica comunicativa cotidiana contra esa ancha e inconmovible roca que surge de las profundidades y que son los patrones de interacción sobre los que hay consenso, las lealtades y las habilidades.

No necesito entrar aquí en el análisis del mundo de la vida en términos de pragmática formal, tampoco en la localización que en la arquitectónica de la teoría recibe la acción comunicativa entre el «discurso» y el mundo de la vida. El mundo de la vida constituye el

horizonte de las situaciones de habla y a la vez la fuente de operaciones interpretativas, mientras que él por su parte sólo se reproduce a través de la acción comunicativa[13]. En nuestro contexto, del saber de fondo en que por este lado consiste el mundo de la vida sólo me interesa ese peculiar carácter de lo antepredicativo y lo precategorial que ya llamó la atención de Husserl cuando se puso a investigar este «olvidado» fundamento de sentido que representan la práctica comunicativa cotidiana y nuestra experiencia del mundo[14].

Durante la acción comunicativa el mundo de la vida nos envuelve en el modo de una certeza inmediata, desde la que vivimos y hablamos sin distancia respecto a ella. Esta presencia penetrante, a la vez que latente y desapercibida, del trasfondo de la acción comunicativa puede describirse como una forma intensificada y, sin embargo, deficiente de «saber» y de poder. Por un lado, hacemos involuntariamente uso de este saber, sin saber reflexivamente *que* poseemos tal saber. Lo que dota al saber de fondo de tal certeza absoluta y le presta subjetivamente la calidad más elevada y apurada de saber, es, considerado objetivamente, esa propiedad que precisamente le priva de un rasgo constitutivo del saber: hacemos uso de ese tipo de saber sin tener conciencia de que pudiera ser falso. En la medida en que todo saber es falible y en que nos resulta consciente como tal, el saber de fondo no representa saber alguno en sentido estricto. Le falta la relación interna con la posibilidad de volverse problemático, porque sólo en el instante en que queda dicho y expresado entra en contacto con pretensiones de validez susceptibles de crítica, pero en ese mismo instante en que es tematizado ya no opera como trasfondo sino que *se deshace*, se viene abajo en esa su modalidad de saber de fondo. El saber de fondo no puede ser «falsado» como tal; pues se descompone tan pronto como, al volverse temático, cae en el remolino de las posibilidades de problematización. Lo que le presta su peculiar estabilidad y lo inmuniza contra la presión de las experiencias generadoras de contingencia, es la peculiar neutralización que en ese saber se efectúa de la *tensión entre facticidad y validez*: en la dimensión misma de la validez queda apagado ese momento contrafáctico de una idealización que apunta más allá de lo dado en cada caso, el cual momento es el que empieza posibilitando una confrontación con la realidad, en la que ésta pueda defraudar nuestras expectativas; a la vez permanece intacta la dimensión como tal de la que el saber implícito extrae la fuerza que tienen las convicciones.

13. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa* II, Madrid, 1987, pp. 169-214; Id., «Acciones, actos de habla, interacciones lingüísticamente mediadas y mundo de la vida», en *Pensamiento posmetafísico*, pp. 67-107.

14. J. Habermas, «E. Husserl sobre mundo de la vida, filosofía y ciencia», en Id., *Textos y contextos*, pp. 59-73.

(4) Una fusión similar de facticidad y validez, igualmente estabilizadora de expectativas de comportamiento, es la que nos topamos en una forma totalmente distinta en el nivel del saber ya pasado a través de la acción comunicativa, es decir, en el nivel del saber temáticamente disponible: sucede esto en esas instituciones arcaicas que se presentan con una pretensión de autoridad que, al parecer, resulta inatacable. En las instituciones de las sociedades tribales, protegidas siempre por algún tipo de tabú, expectativas cognitivas y normativas se afianzan indivisas formando un complejo de convicciones asociado con motivos y con orientaciones valorativas. La autoridad de esas instituciones, dotadas así de poder, sale al encuentro de los agentes *dentro* del mundo social de éstos. Pero a este mundo social, a diferencia de lo que hemos hecho en el caso anterior, no lo estamos describiendo ahora ya como saber de fondo desde la perspectiva pragmático-formal de un participante, sino objetivándolo desde la perspectiva sociológica del observador. Desde tal perspectiva, el mundo de la vida, del que las instituciones constituyen un componente, queda a la vista como un contexto de tradiciones culturales, órdenes dotados de legitimidad e identidades personales, que se reproduce a través de la acción comunicativa y en el que esos tres tipos de ingredientes vienen trabados entre sí.

La teoría antropológica de las instituciones de Arnold Gehlen dirige nuestra atención sobre el fenómeno de un consenso original, normativo, transfigurado auráticamente. Pues este acuerdo se refiere en especial a expectativas de comportamiento que pese a su profundo anclaje institucional han de ser transmitidas culturalmente como saber explícito, de modo que es así como los afectados se ejercitan en ellas[15]. En la interacción recíproca de narraciones míticas y acciones rituales puede mostrarse por qué ese saber sólo puede tematizarse con reticencia y reservas. Las restricciones a la comunicación que vienen fijadas ceremonialmente, protegen contra toda problematización la validez autoritaria de unos contenidos descriptivos, evaluativos y expresivos que se entrelazan formando síndrome. El complejo cristalizado de convicciones pretende un tipo de validez que viene dotado de la fuerza de lo fáctico. Esta vez la *fusión de facticidad y validez* se efectúa no en el modo de una familiaridad original con certezas sobre las que estribamos y que como mundo de la vida, por así decir, nos quedan a la espalda, sino en el modo de una autoridad, ambivalente en lo tocante a los sentimientos que suscita, que ella sola parece imponérsenos de por sí en términos imperativos. La ambivalencia de este modo de validez la subrayó Durkheim analizando el *status* de los objetos sagrados que infunden en sus espectadores un

15. A. Gehlen, *El hombre*, Salamanca, ^{2}1987; Id., *Urmensch und Spätkultur*, Bonn, 1956.

sentimiento compuesto de terror y entusiasmo y que provocan en ellos veneración a la vez que espanto[16]. Esta simbiosis de sentimientos y pasiones contradictorios nos sigue resultando hoy todavía accesible en la experiencia estética; esa experiencia ha quedado domesticada y se ha vuelto repetible en el *shock* provocado en términos surrealistas, que autores como Bataille y Leiris generaban con su literatura a la vez que también lo describían[17].

En lo *fascinosum*, a la vez atrayente y aterrador, que irradian esas instituciones dotadas de poder, nos sorprende cómo quedan fundidos dos momentos que hoy nos parecen incompatibles. La amenaza de un poder vengador y la fuerza que tienen las convicciones vinculantes no sólo coexisten, sino que parecen brotar de una misma fuente mítica. Las sanciones impuestas por los hombres son secundarias: se limitan a ser instrumentos de venganza contra las transgresiones cometidas contra una autoridad que les antecede, contra una autoridad que de por sí es *coercitiva* a la vez que *vinculante*. Es de ésta de donde las sanciones sociales reciben, por así decir, su significado ritual. Es claro que la integración de colectivos sociales a través de una acción orientada por pretensiones de validez sólo podía asegurarse inicialmente si el riesgo de disentimiento que ello implicaba podía quedar absorbido en la *propia dimensión de la validez*. Todavía hoy nuestras reacciones tan profundamente enraizadas contra transgresiones del tabú del incesto nos recuerdan la circunstancia de que la estabilidad de expectativas de comportamiento en el ámbito nuclear que constituye la sociedad organizada por parentesco hubo de quedar asegurado mediante convicciones que poseían la autoridad de lo *fascinosum*, de lo a la vez vinculante y aterrador, y ello por debajo de ese umbral en que para nosotros se produce una irreversible separación entre la coerción sancionadora y la ausencia de coerción en que consiste esa coerción sublimada que caracteriza a la fuerza de convicción de las razones y argumentos que nos resultan de peso.

Aquende ese umbral, la validez parece coincidir con la fuerza de lo fáctico, sea en forma de certezas del mundo de la vida, que quedan sustraídas a la comunicación porque permanecen en el trasfondo, sea en forma de convicciones ya disponibles comunicativamente y que dirigen el comportamiento, pero que se hallan bajo las restricciones que a la comunicación impone una autoridad fascinante, quedando así sustraídas a la comunicación.

(5) Sólo el tercer paso reconstructivo nos conduce a la categoría de derecho. La inserción de la acción comunicativa en contextos del mundo de la vida y una regulación del comportamiento mediante esas

16. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa* II, pp. 90 ss.
17. W. Benjamin, *Der Surrealismus*, en *Gesammelte Schriften* II/3, pp. 295 ss.

instituciones originales que acabamos de describir, explican cómo es en general posible en grupos pequeños y relativamente indiferenciados la integración social sobre una base tan insegura como son los procesos de entendimiento. Pero los espacios para el riesgo de disentimiento que representan los posicionamientos de afirmación o negación frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica crecen en el curso de la evolución social. Cuanto más aumenta la complejidad de la sociedad y se ensancha la perspectiva inicialmente restringida en términos etnocéntricos, con tanta más fuerza se produce una pluralización de las formas de vida y una individualización de las biografías, que hacen que se reduzcan y encojan las zonas de solapamiento o convergencia de las convicciones de fondo que caracterizan el mundo de la vida; esos complejos de convicciones sacralizadas que acabamos de describir, a medida que van quedando desencantados, se descomponen bajo los distintos aspectos de validez dando lugar a los contenidos más o menos tematizables a voluntad de una tradición comunicativamente fluidificada. Y sobre todo, los procesos de diferenciación *social* imponen una multiplicación de tareas funcionalmente especificadas, de roles sociales y de constelaciones de intereses, por la que la acción comunicativa queda liberada (o suelta) de vinculaciones institucionales demasiado estrechamente circunscritas (volviéndose así autónoma) y situada en un espacio de opciones ampliado, con lo cual en crecientes ámbitos queda también libre, a la vez que se vuelve necesaria, un tipo de acción guiada por intereses y orientada por el propio éxito individual.

Basten estas indicaciones para señalar el *problema* que se plantea en las sociedades modernas: el de cómo estabilizar la validez de un orden social en el que desde el punto de vista de los actores mismos se establece una clara diferenciación entre la acción comunicativa, tras haberse vuelto autónoma, y las interacciones de tipo estratégico. Naturalmente siempre ha habido acción orientada a intereses en el marco de un orden normativo En las sociedades organizadas estatalmente el desarrollado orden normativo viene ya protegido por, y envuelto en, normas jurídicas. Pero en las sociedades tradicionales también el derecho se nutre todavía de la fuerza autorizadora que posee lo santo sublimado en términos religiosos. En la fusión sacra de facticidad y validez es donde queda enraizada, por ejemplo, la *hierarchia legum* que nos resulta conocida por la tradición del derecho europeo, conforme a la que el derecho puesto por el príncipe quedaba *subordinado* al derecho natural cristiano administrado por la Iglesia.

En lo que sigue partiré de la situación de una sociedad profundamente profanizada en la que los órdenes normativos han de poder mantenerse sin garantías metasociales. Tampoco las certezas del mundo de la vida, ya pluralizadas y cada vez más diferenciadas, ofre-

cen una compensación que baste a paliar tal déficit. Así, el peso de la integración social se desplaza cada vez más a las operaciones de entendimiento intersubjetivo de actores para los que quedan irremediablemente separadas validez y facticidad, es decir, la fuerza vinculante de convicciones racionalmente motivadas y la coerción ejercida por sanciones externas, por lo menos fuera de los ámbitos de acción regulados por los usos y costumbres. Si los contextos de interacción, como supongo con Durkheim y Parsons, no pueden cobrar continuidad ni formar órdenes estables sólo bajo el influenciamiento mutuo de actores orientados a conseguir sus propias metas, entonces la sociedad habrá de quedar integrada *en última instancia* a través de la acción comunicativa[18].

En tal situación ha de agudizarse el problema de cómo mundos de la vida diferenciados y en sí pluralizados y desacralizados pueden integrarse socialmente si crece a la vez el riesgo de disentimiento en ámbitos de acción comunicativa desligados de autoridades sacras y liberados de instituciones fuertes. Conforme a este escenario la creciente necesidad de integración habrá irremediablemente de exceder las posibilidades de la capacidad de integración del mecanismo que representa el entendimiento, que es a lo único a lo que cabe ya recurrir, sobre todo si, como sucede en las sociedades modernas, centradas en la economía, queda liberada y suelta una creciente multitud de interacciones estratégicas que socioestructuralmente resultan imprescindibles[19]. En caso de conflicto quienes actúan comunicativamente tienen que optar entre romper la comunicación o pasar a la acción estratégica, entre dilatar el conflicto no resuelto o pasar a dirimirlo. Pues bien, una salida la ofrece la *regulación normativa de interacciones estratégicas* en la que, o sobre la que, los propios actores pudieran ponerse *de acuerdo* o *entenderse*. La paradójica naturaleza de tales reglas resulta patente a la luz de la premisa de que facticidad y validez se han separado para los propios sujetos agentes como dos dimensiones que se excluyen entre sí. Para los actores que actúan orientándose por su propio éxito todos los ingredientes de la situación se convierten en hechos que los actores evalúan a la luz de sus propias preferencias individuales, mientras que los actores que actúan orientados por/a el entendimiento dependen de una comprensión de la situación negociada en común y sólo interpretan los hechos relevantes a la luz de pretensiones de validez intersubjetivamente reconocidas. Pero si orientación al éxito y orientación al entendimiento constituyen para los sujetos agentes mismos una alternativa completa, las normas que resulten aptas para tal concierto articulado en términos de lo que vengo llamando «integración social» (por contraposición con «integración sistémica»), es decir, para una regulación de las interacciones estratégicas que todos los participantes puedan considerar vinculante, han de satisfacer dos condiciones contradictorias que desde el punto de vista de los actores no podrían cumplirse simultáneamente. Tales regulaciones tienen que representar, por un lado, restricciones fácticas que cambien de tal suerte la corona de datos, que el actor, en la actitud de alguien que actúa estratégicamente, se vea en la necesidad de efectuar en su comportamiento la adaptación que objetivamente se desea; por otro lado, esas reglas han de tener a la vez la capacidad de «integrar socialmente», pues que imponen obligaciones a sus destinatarios, lo cual, según nuestros supuestos, sólo es posible sobre la base de pretensiones de validez normativas intersubjetivamente reconocidas.

El tipo de normas buscado tendría, según esto, que causar en sus destinatarios una disponibilidad a la obediencia basada *simultáneamente* en la coerción fáctica y en la validez legítima. Las normas de este tipo tendrían que presentarse con una autoridad mediante la que, de nuevo, la validez quedase dotada de la fuerza de lo fáctico, pero esta vez bajo la condición de una polarización ya consumada entre acción orientada al éxito y acción orientada al entendimiento, y por tanto de una *percepción* de la incompatibilidad entre facticidad y validez. Pues como hemos supuesto, se han desmoronado aquellas garantías meta-sociales anejas a lo santo que habían posibilitado la ambivalente capacidad de vincular que tenían las instituciones arcaicas, y con ello se ha disuelto aquella aleación de validez y facticidad que se producía en la dimensión de la validez misma. La solución de este enigma la encontramos en ese sistema de derechos que dota a libertades subjetivas de acción de la coerción del derecho objetivo. Pues desde un punto de vista histórico los derechos subjetivos privados, que definen ámbitos de libertades individuales de

18. El concepto básico de acción comunicativa explica cómo la integración social puede producirse a través de la capacidad de establecer vínculos que tiene el lenguaje intersubjetivamente compartido. Éste impone restricciones a los sujetos que quieren hacer uso de las energías de vínculo del lenguaje y los obliga a salir del egocentrismo de su orientación al éxito para exponerse a los criterios públicos de racionalidad propios del entendimiento intersubjetivo. Desde este punto de vista la sociedad se presenta como mundo de la vida simbólicamente estructurado, que se reproduce a través de la acción comunicativa. Naturalmente, de ello no se sigue que en el mundo de la vida no puedan aparecer interacciones estratégicas. Pero éstas cobran un significado distinto que en Hobbes o en la teoría de los juegos: ya no son entendidas como mecanismo de *generación* de un orden instrumental. Las interacciones estratégicas encuentran más bien su lugar en un mundo de la vida ya constituido, por así decir, por otras vías. Ciertamente, también el agente estratégico mantiene en cada caso a sus espaldas el trasfondo que representa el mundo de la vida; pero en la acción estratégica ese trasfondo queda neutralizado en lo que concierne a su capacidad de coordinar la acción; ya no suministra ninguna anticipación de consenso porque para quien actúa estratégicamente tanto el marco institucional como los otros participantes en la interacción sólo aparecen ya como hechos sociales. En la actitud objetivante de un observador ya no puede entenderse con los otros participantes como con segundas personas.

19. Esta premisa de un continuo disenso en las sociedades modernas la desconocen las objeciones que habitualmente suelen hacerse a *Teoría de la acción comunicativa*; cf. H. J. Giegel, «Introducción» a Giegel, *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1992, pp. 7-17.

acción y por tanto están cortados a la medida de una persecución estratégica de intereses privados, constituyen también el núcleo del derecho moderno.

III

Desde Hobbes las reglas del derecho privado burgués, basado en la libertad de contrato y en la propiedad, se consideran prototipo del derecho en general. También Kant parte en su teoría del derecho de derechos subjetivos naturales que otorgan a toda persona la capacidad de ejercer coerción contra las vulneraciones de sus libertades de acción, que esos derechos aseguran. Con el tránsito del derecho natural al derecho positivo estas facultades de ejercer coerción, las cuales, tras la monopolización de todos los medios de coerción legítima por parte del Estado ya no pueden ser ejercitadas directamente por las personas jurídicas particulares, se convierten en facultades de ejercer una acción o demanda. Al mismo tiempo, los derechos subjetivos privados quedan complementados con derechos de defensa (estructuralmente homólogos), contra el poder del Estado. Éstos protegen a las personas jurídicas privadas contra las intervenciones ilegales del aparato estatal en sus vidas, libertades y propiedades. En nuestro contexto nos interesa ante todo el *concepto de legalidad* con el que Kant, partiendo de los derechos subjetivos, explica el complejo modo de validez del derecho en general. En la dimensión de la validez jurídica se entrelazan una vez más facticidad y validez, pero esta vez, a diferencia de lo que sucedía con las certezas de fondo del mundo de la vida o con aquella autoridad incontenible de las instituciones fuertes, sustraídas a toda discusión, no forman una amalgama indisoluble. En el modo de validez del derecho la facticidad de la imposición del derecho por parte del Estado se entrelaza con la fuerza fundadora de legitimidad que caracteriza a un procedimiento de producción del derecho, que por su propia pretensión había de considerarse racional por ser garantizador de la libertad. La tensión entre estos dos momentos que permanecen distintos y separados se la intensifica a la vez que se la operacionaliza en términos eficaces para la regularidad del comportamiento.

(1) Para Kant la relación entre facticidad y validez, estabilizada en la validez jurídica, se presenta como la conexión interna que el propio derecho funda entre coerción y libertad. El derecho está ligado de por sí con la facultad de ejercer coerción; pero esta coerción sólo se justifica como «un impedir que se ponga un impedimento a la libertad», es decir, sólo se justifica desde el propósito de oponerse y resistir a las intrusiones en la libertad de cada uno. Esta

interna «conexión de la coerción general mutua con la libertad de cada uno» se expresa en el tipo de pretensión de validez del derecho[20]. Las reglas jurídicas establecen condiciones de coerción, «bajo las que el arbitrio de uno pueda concertarse o conciliarse con el arbitrio del otro conforme a una ley general de la libertad»[21]. Por un lado, pues, la legalidad del comportamiento puede ser urgida e impuesta como «la simple concordancia o conformidad de una acción con la ley»[22]; de ahí que haya de quedar a discreción de los sujetos el seguir una ley por razones distintas que las morales. Las «condiciones de coerción» sólo necesitan ser percibidas por los destinatarios como un *motivo empírico* para un comportamiento conforme con la regla; pues una acción por deber, es decir, la obediencia al derecho moralmente motivada, es algo que por razones analíticas no puede imponerse mediante coerción. Pero por otro lado, una «conciliación» del arbitrio de cada uno con el arbitrio de todos los demás, es decir, la integración social, sólo es posible sobre la base de reglas normativamente válidas, que desde un punto de vista moral —«conforme a una ley general de la libertad»— merezcan el reconocimiento no coercitivo, es decir, el reconocimiento racionalmente motivado de sus destinatarios. Si bien las pretensiones fundadas en derechos van asociadas con facultades de ejercer coerción, han de poder ser seguidas también en todo momento por la pretensión normativa de validez que les es inherente, es decir, por «respeto a la ley»[23]. La paradoja, a que antes hacíamos referencia, de normas de acción que pese a merecer ser moralmente reconocidas, sólo exigen un comportamiento concordante con las normas, queda resuelta con el concepto kantiano de legalidad: las normas jurídicas son a la vez, aunque en aspectos distintos, leyes coercitivas y leyes de la libertad.

Este doble aspecto de la validez jurídica que hemos empezado aclarando recurriendo a conceptos de la teoría kantiana del derecho, puede también explicarse desde la perspectiva de la teoría de la acción. Los dos componentes de la validez jurídica, es decir, coerción y libertad, dejan a discreción de los destinatarios la perspectiva que hayan de adoptar como actores. Para una consideración de tipo empírico, la validez del derecho positivo empieza quedando definida por la siguiente tautología: vale como derecho lo que conforme a procedimientos jurídicamente válidos queda establecido como derecho, es decir, cobra fuerza jurídica, y, pese a la posibilidad jurídicamente dada de quedar derogado en algún momento, mantiene mientras ello no ocurra dicha fuerza o vigor. Pero el sentido de esta validez

20. I. Kant, *Einleitung in die Rechtslehre*, en *Werke* (Weischedel), IV, pp. 338 s.
21. *Ibid.*, p. 337.
22. *Ibid.*, p. 324.
23. *Ibid.*, pp. 510 s.

jurídica sólo se explica por la simultánea referencia a ambos polos, es decir, a la validez social o fáctica, es decir, a la vigencia, por un lado, y a la legitimidad o validez, por otro[24]. La *validez social* de las normas jurídicas se determina por el grado de imposición, es decir, por la aceptación que cabe esperar en el círculo de los miembros de la comunidad jurídica de que se trate. Mas a diferencia de lo que sucede con la validez convencional de los usos y costumbres, el derecho positivo, establecido o puesto, no se apoya en esa facticidad cuasinatural de formas de vida transmitidas y a las que estamos habituados, sino en la *facticidad artificialmente producida* de la amenaza que representan unas sanciones jurídicamente definidas, cuya imposición puede reclamarse a los tribunales. Por el contrario, la legitimidad de las reglas se mide por la desempeñabilidad o resolubilidad discursiva de su pretensión de validez normativa, y en última instancia atendiendo a si han sido producidas en un procedimiento legislativo que quepa considerar racional, o a si por lo menos hubieran podido ser justificadas desde puntos de vista pragmáticos, éticos y morales. La legitimidad de una regla es independiente de su imposición o implementación fáctica. Pero a la inversa, la validez social y el seguimiento fáctico de las normas varía con la fe en su legitimidad por parte de los miembros de la comunidad jurídica, y esa fe se apoya a su vez en la suposición de legitimidad, es decir, de la fundamentabilidad de las normas de que se trate. Otros factores como la intimidación, el poder de las circunstancias, los usos, o la mera y obtusa costumbre, habrán de encargarse de estabilizar sustitutoriamente un orden jurídico con tanta más fuerza cuanto menos legítimo sea éste o en todo caso cuanto menos sea éste tenido por legítimo.

En general el sistema jurídico en conjunto tiene un mayor grado de legitimidad que las normas jurídicas sueltas. Como condiciones necesarias de la validez jurídica de un sistema jurídico, Dreier señala que «primero, ese sistema jurídico, considerado en conjunto, ha de resultar socialmente eficaz y, segundo, que, también en conjunto, ha de estar éticamente justificado; condiciones necesarias de la validez jurídica de las normas particulares serían que hayan sido producidas conforme a una constitución que satisfaga los criterios antes mencionados y que, tomadas cada una de por sí, muestren un mínimo de eficacia social o de posibilidad de ser socialmente eficaces y, segundo, un mínimo de justificación ética o de susceptibilidad de ser éticamente justificadas»[25].

Esta doble referencia de la validez jurídica a la facticidad de una validez social, medible por la observancia media de la norma, por un

24. R. Dreier, «Recht und Moral», en Id., *Recht - Moral - Ideologie*, Frankfurt a. M., 1981, pp. 180 ss.; sobre este punto, pp. 194 ss.

25. R. Dreier, *Recht - Moral - Ideologie*, p. 198. Dreier utiliza la expresión «ético» en el sentido de «moral».

lado, y a la legitimidad de la pretensión de reconocimiento normativo con que esa norma se presenta, por otro, deja a los miembros de una comunidad jurídica la elección de adoptar frente a una misma norma una actitud objetivante o una actitud realizativa y las correspondientes formas de leer esa norma. Para el «libre albedrío» o «arbitrio» de un actor que se orienta por su propio éxito, la regla constituye (ante la expectativa de que le va a venir efectivamente impuesta) una restricción fáctica, con consecuencias calculables para el caso de una infracción. En cambio, para un actor que quiere entenderse con los demás actores acerca de las condiciones que han de guardarse en común para que tengan éxito los planes de acción de cada uno, la regla liga su «voluntad racional libre» con la pretensión normativa de validez o legitimidad con que esa regla se presenta, y con la posibilidad de proceder, llegado el caso, al examen crítico de esa pretensión. El mantener abierta esta alternativa no significa una fusión de estos dos momentos, los cuales *siguen siendo* inconciliables desde el punto de vista del actor. Pues según sea la perspectiva elegida, la norma jurídica representará un tipo distinto de ingrediente de la situación: para quien actúa estratégicamente esa norma se sitúa en el plano de los hechos sociales que restringen externamente el espacio de opciones del actor, para quien actúa comunicativamente la norma jurídica se sitúa en el plano de las expectativas de comportamiento dotadas de carácter obligatorio, en relación con las cuales se presupone entre los miembros de la comunidad jurídica un acuerdo racionalmente motivado. Por tanto, el actor atribuirá al precepto jurídicamente válido un *status* distinto según sea el respecto en que lo considere: el *status* de un hecho con consecuencias susceptibles de pronosticarse o la obligatoriedad deontológica de una expectativa normativa de comportamiento. Ahora bien, la validez jurídica de una norma —y en esto consiste su gracia— significa que vienen garantizadas *ambas cosas a la vez*: tanto la legalidad del comportamiento en el sentido de una observancia estadísticamente media de la norma, observancia que en caso necesario se consigue mediante sanciones, como también la legitimidad de la regla misma, que hace posible en todo momento una observancia de la norma por respecto a la ley.

En los derechos privados subjetivos cabe reconocer esa doble perspectiva de leyes coercitivas y leyes de la libertad, que resulta cuando se miran las cosas desde el punto de vista del actor. Estas reglas, al dejar libres los motivos por los que el actor actúa de conformidad con la regla, toleran, por así decir, una actitud estratégica del actor frente a las distintas normas. Pero como ingredientes de un orden jurídico legítimo en conjunto se presentan a la vez con una pretensión de validez normativa que se endereza a un reconocimiento racionalmente motivado y que de algún modo *insta* o *exige* al destinatario (a) que preste obediencia al derecho por deber, es decir,

por un motivo que no resulta producible por la fuerza. Este instar o exigir significa que el orden jurídico ha de hacer *posible* en todo momento una observancia de sus reglas por respeto a la ley. De este análisis del modo de validez del derecho coercitivo resultan por tanto consecuencias para la producción de normas jurídicas: el derecho positivo también ha de ser legítimo.

Un orden jurídico no sólo tiene que garantizar que cada persona sea reconocida en sus derechos por todas las demás personas; sino que el reconocimiento recíproco de los derechos de cada uno por todos los demás tiene que descansar en leyes que serán legítimas en la medida en que garanticen iguales libertades a todos, de suerte que «la libertad del arbitrio de cada uno sea compatible con la libertad de cada uno de los demás». Las leyes morales cumplen esta condición de por sí; pero cuando se trata de reglas del derecho positivo quien ha de cumplirla es el legislador político. El proceso de producción de normas constituye por tanto en el sistema jurídico el auténtico lugar de la integración social. De ahí que a los implicados en el proceso de producción normativa se les exija que salgan del papel de sujetos jurídicos privados y, entrando en el papel de ciudadanos, adopten la perspectiva de miembros de una comunidad jurídica libremente constituida en la que un acuerdo acerca de los principios normativos de la regulación de la vida en común, o bien venga ya asegurado por tradición, o bien pueda alcanzarse mediante un proceso de entendimiento atenido a reglas normativamente reconocidas. Esa característica unión de coerción fáctica y validez dimanante de la legitimidad, que ya hemos aclarado recurriendo al caso del derecho subjetivo, provisto de la facultad de ejercer coerción o de exigir que se ejerza, que asiste a cada cual en lo tocante a la realización estratégica de sus propios intereses, exige un proceso de producción del derecho en el que los ciudadanos implicados no pueden participar a su vez sólo en el papel de sujetos jurídicos que actúan orientándose al propio éxito. En la medida en que los derechos de participación y de comunicación son ingrediente esencial de un procedimiento de producción de normas, que quepa considerar eficaz a efectos de fundar legitimación, tales derechos subjetivos no pueden ni percibirse ni tornarse efectivos a título de derechos de sujetos jurídicos privados aislados, sino que más bien ha de vérselos y tornárselos efectivos en la actitud de participantes en una práctica de entendimiento intersubjetivo, que actúan orientándose al entendimiento. De ahí que el concepto mismo de derecho moderno, derecho que agudiza y operacionaliza en términos efectivos para el comportamiento la tensión entre facticidad y validez, lleve ya en germen la *idea democrática* desarrollada por Rousseau y Kant, a saber, que la pretensión de legitimidad de un orden jurídico construido de derechos subjetivos sólo puede desempeñarse o resolverse

mediante la capacidad de integración social aneja a la «voluntad concordante y unida de todos» los ciudadanos libres e iguales.

La idea de autonomía del ciudadano habrá de ocuparnos aún en detalle. Pero por de pronto nos trae a la memoria la circunstancia de que las leyes coercitivas han de acreditar su legitimidad como leyes de la libertad en el proceso —y mediante la forma del proceso— de producción del derecho; y en esta positivación del derecho vuelve a reproducirse la tensión entre facticidad y validez, pero de forma distinta que en la dimensión de la validez de normas ya estatuidas. Ciertamente, el comportamiento conforme a ley puede describirse como una observancia de normas que vienen provistas de la amenaza de sanción y que han sido puestas en vigor por resolución del legislador político. Pero la facticidad de la producción del derecho se distingue de la imposición del derecho por vía de sanción en la medida en que la permisión de recurrir a la coerción jurídica ha de hacerse *derivar* de una *expectativa de legitimidad* asociada a la decisión que toma el legislador —que también podría ser otra y que por principio es susceptible de corrección—. La positividad del derecho lleva aneja la expectativa de que el procedimiento democrático de producción del derecho fundamente o funde una presunción de aceptabilidad racional de las normas estatuidas. En la positividad del derecho no se expresa la facticidad de una voluntad arbitraria y absolutamente contingente, sino una voluntad dotada de legitimidad, que se debe a la autolegislación presuntivamente racional de ciudadanos políticamente autónomos. También en Kant el principio democrático viene a llenar un vacío en un sistema de egoísmo jurídicamente ordenado que no puede reproducirse por sí mismo, sino que depende de un consenso básico de fondo de los ciudadanos. Pero este *vacío de solidaridad*, que el mero recurso legal a derechos subjetivos cortados a la medida de la acción orientada al éxito no logra llenar, no puede cerrarse a su vez mediante derechos del mismo tipo, o en todo caso no sólo mediante tales derechos. El derecho positivo no puede asegurarse de su legitimidad recurriendo sólo a una legalidad que deja a discreción de los destinatarios actitudes y motivos.

O bien el orden jurídico, como sucedía en las formaciones sociales estamentales o absolutistas de transición de la primera Modernidad, queda inserto en los contextos de un *ethos* que vale para la sociedad global y sujeto a la autoridad de un derecho suprapositivo o sagrado, o bien las libertades subjetivas de acción han de ser complementadas mediante derechos subjetivos de *otro tipo* —por derechos de ciudadanía que no se enderezan sólo ya al ejercicio de la libertad de arbitrio, sino al ejercicio de la autonomía—. Pues sin respaldo religioso o metafísico, el derecho coercitivo, cortado a la medida de un comportamiento al que no se exige sino que se ajuste

a la ley, sólo puede conservar ya su fuerza de integración social haciendo que los *destinatarios* de esas normas jurídicas puedan a la vez entenderse en su totalidad como *autores* racionales de esas normas. Por este lado el derecho moderno se nutre de una solidaridad que se concentra en el papel de ciudadano y que en última instancia proviene de la acción comunicativa. La libertad comunicativa de los ciudadanos puede, como veremos, cobrar en la práctica organizada de la autodeterminación una forma mediada en múltiples aspectos por instituciones y procedimientos jurídicos, pero no puede ser sustituida por completo por el derecho coercitivo. Esta interna conexión entre la facticidad de la imposición del derecho y la legitimidad del proceso de producción del derecho, que es la que funda la validez, significa empero una hipoteca para los sistemas jurídicos, los cuales tienen por función liberar de la carga de la integración social a las operaciones de entendimiento de los actores que actúan comunicativamente, operaciones que de otro modo quedarían sujetas a exigencias excesivas. Pues nada aparece al sociólogo ilustrado más improbable que el que las operaciones integrativas del derecho moderno hubieran de nutrirse sólo o siquiera en primera línea de un acuerdo normativo ya existente o de un acuerdo normativo alcanzado *ad hoc*, es decir, de las fuentes de la solidaridad.

En particular, con los imperativos funcionales de las sociedades altamente complejas entra en juego una facticidad social que, a diferencia de lo que sucede con el momento de la imposición del derecho, ya no guarda una relación interna con la legitimidad que el orden jurídico no tiene más remedio que pretender. La autocomprensión normativa puede quedar desmentida por hechos sociales que intervienen en el sistema jurídico desde fuera. Facticidad y validez guardan aquí una relación *externa*, porque ambos momentos, es decir, por un lado las implicaciones de sentido de derecho vigente y, por otro, las restricciones sociales a que fácticamente quedan sujetas las decisiones jurídicas, pueden describirse de forma independiente. Antes de entrar en este tema en el próximo capítulo, paso a recapitular las relaciones *internas* entre facticidad y validez, *que hemos discutido hasta aquí*, y que resultan esenciales en la infraestructura del derecho de las sociedades modernas[26].

(2) Tras el giro lingüístico efectuado por Frege y Peirce queda superada la oposición clásica entre idea y realidad fenoménica, que nos resulta conocida por la tradición platónica y que, históricamente, quedó primero interpretada en términos ontológicos y después en términos de filosofía de la conciencia. Las ideas mismas son entendidas como encarnadas en el lenguaje, de modo que la facticidad

26. En lo que sigue me apoyo en sugerencias orales de Lutz Wingert.

de los signos y expresiones lingüísticas que aparecen en el mundo queda internamente asociada con la idealidad que representan la universalidad del significado y la validez veritativa. La generalidad semántica de los significados lingüísticos sólo cobra su determinidad ideal en el medio de signos y expresiones que, conforme a reglas gramaticales, destacan de la corriente de sucesos sígnicos y de procesos de habla (o de productos escritos) como *types*, susceptibles de ser reconocidos en sus múltiples *tokens*. Y la diferencia entre validez de un enunciado y tener por verdadero un enunciado se explica reduciendo el concepto de validez ideal al de afirmabilidad racional bajo condiciones ideales, es decir, haciendo referencia solamente a la resolución o desempeño discursivo de pretensiones de validez. Si «válido» se entiende como predicado triádico, la idealidad que representa la validez veritativa sólo se expresa ya en las exigentes presuposiciones de nuestra práctica de justificación, es decir, en el plano del empleo del lenguaje. Muéstrase en ello la interna conexión que se da entre la validez de un enunciado y la acreditación de su validez ante un auditorio idealmente ampliado. Lo que es válido ha de poder acreditarse contra las objeciones que fácticamente puedan presentarse. Como en el caso de la idealidad que la generalidad del significado representa, la dimensión de la validez sólo se constituye en el lenguaje mismo a través de una tensión entre facticidad y validez: la verdad y las condiciones discursivas de la aceptabilidad racional de las pretensiones de verdad se explican mutuamente[27].

En el plano de la acción comunicativa, con el empleo del lenguaje orientado al entendimiento, mediante el que los actores coordinan sus acciones, esa relación de tensión penetra en el mundo de los hechos sociales. Mientras que la facticidad de los sucesos sígnicos y de los procesos de habla podríamos entenderla como un momento necesario de la dimensión del significado y de la dimensión de la validez, a la tensión intralingüística entre facticidad y validez que con las pretensiones de validez penetra en la acción comunicativa tenemos que entenderla a su vez como un momento de la facticidad social, a saber, como un momento de esa práctica comunicativa cotidiana, mediante la cual se reproducen las formas de vida. En la medida en que la coordinación de la acción y por tanto la concatenación de interacciones discurre a través de procesos de entendimiento, las convicciones intersubjetivamente compartidas constituyen el medio de la integración social. Convencidos están los actores de aquello que entienden y tienen por verdadero. Por tanto, las convicciones que se tornan problemáticas sólo pueden apoyarse o revisarse mediante razones. Pero las razones no son disposiciones a tener opiniones, que pudiésemos describir en términos naturalistas;

27. H. Putnam, *Razón, Verdad e Historia*, Madrid, 1988.

las razones constituyen más bien la moneda de un intercambio discursivo, mediante el que se desempeñan pretensiones de validez susceptibles de crítica. Las razones deben su fuerza racionalmente motivante a una interna relación con la dimensión que representa el significado y la dimensión que representa la validez de las expresiones lingüísticas. Las razones tienen de por sí un doble filo, porque pueden afianzar convicciones y también desestabilizarlas. Con ellas la tensión entre facticidad y validez, inmanente al lenguaje y a su empleo, penetra en la sociedad. La integración social de ésta, en la medida en que se apoya en razones, no resulta inmune al efecto desestabilizador de las razones devaluadoras (ni sobre todo a la devaluación de categorías enteras de razones). La tensión ideal que irrumpe en la realidad social procede de que la aceptación de pretensiones de validez, que genera hechos sociales y los perpetúa, descansa en la aceptabilidad de razones dependiente del contexto, la cual está siempre expuesta al riesgo de ser devaluada por mejores razones y por procesos de aprendizaje que cambian ese contexto.

Estas propiedades estructurales de la «sociación» comunicativa explican por qué el mundo de la vida mediado por interpretaciones y convicciones, y preestructurado simbólicamente, por qué en suma el tejido social, viene atravesado por suposiciones de validez falibles. Hacen comprensible por qué las expectativas sociales de comportamiento que dependen de suposiciones de validez falibles, sólo pueden cobrar a lo sumo un tipo precario de estabilidad. Esta estabilidad se debe a operaciones de integración social, las cuales desvían o conjuran el peligro siempre presente de una desestabilización mediante disenso fundado. Es verdad que las razones sólo cuentan sobre el trasfondo de estándares de racionalidad dependientes del contexto[28]; pero razones que hacen valer los resultados de procesos de aprendizaje que cambian el contexto, pueden también enterrar los estándares de racionalidad vigentes en un determinado momento.

Hemos conocido dos estrategias que hacen frente a este riesgo de disentimiento y, por tanto, a la inestabilidad inmanente a la socialización comunicativa: por una parte, la delimitación del mecanismo de la comunicación, y por otra, la deslimitación o supresión de barreras en él. El riesgo que la acción comunicativa comporta queda *delimitado* por esas certezas intuitivas que se entienden de por sí como cosa obvia porque están desconectadas de todas las razones comunicativamente disponibles e intencionadamente movilizables. Estas certezas estabilizadoras del comportamiento de las

28. R. Rorty, «Solidarity or objectivity?», en J. Rajchaman y C. West (eds.), *Post-analytic Philosophy*, New York, 1985; cf. la respuesta crítica de H. Putnam, «Why Reason can't be naturalized»: *Synthese* 52 (1982), pp. 1-23.

que está construido el trasfondo que representa el mundo de la vida, se quedan por debajo del umbral de la tematización posible, y quedan separadas de esa dimensión que sólo se abre en la acción comunicativa, y en la que podemos distinguir entre aceptabilidad y mera aceptación o aceptancia de convicciones y razones. Una fusión similar de facticidad y validez es la que hemos observado en la dimensión de la validez de esas convicciones regimentadoras del comportamiento que quedaban ligadas a las imágenes sacras del mundo y a la irresistible autoridad de las grandes instituciones. Pero esta autoridad no descansaba en que las convicciones normativas quedasen en el trasfondo, en que no pudiesen tematizarse ni asociarse con razones; descansaba más bien en una selección prescriptiva de temas y en una fijación rígida de razones. Al quedar detenido tanto el disponer comunicativamente de razones, como la posibilidad de movilizar razones y al quedar así inmovilizada la crítica, las normas y valores señalados por la autoridad constituían para quienes actuaban comunicativamente una corona de datos que quedaba sustraída al remolino de la problematización en sus procesos de entendimiento. Sólo en la medida en que las normas y valores se tornan comunicativamente fluidos y (en la perspectiva de la distinción *categorial* entre aceptabilidad y aceptancia) quedan expuestos al libre juego de las razones movilizables, puede la integración social (la cual ha de efectuarse a través de valores, normas y procesos de entendimiento) pasar a descansar enteramente sobre las propias operaciones de entendimiento de quienes actúan comunicativamente.

En condiciones modernas de sociedades complejas que en vastos ámbitos de interacción exigen una acción regida por intereses y, por tanto, normativamente neutralizada, surge esa situación paradójica en la que la acción comunicativa, suelta, *deslimitada*, liberada de sus viejos límites, es decir, suprimida en ella toda barrera, ni puede quitarse de encima el encargo que ahora recibe de asegurar y operar de la integración social, ni tampoco puede pretender desempeñarlo en serio. Si se decide a echar mano de sus propios recursos, la acción comunicativa sólo puede domesticar el riesgo de disentimiento que lleva en su seno aumentando ese riesgo, a saber, estableciendo duraderamente discursos. Ahora bien, si se considera qué aspecto podría tener un mecanismo con el que una comunicación, ahora deslimitada, pudiese, sin desmentirse a sí misma, quedar descargada, o sustancialmente eximida, de operaciones relativas a integración social, entonces como salida plausible de este callejón sin salida ofrécese la completa positivación de ese Derecho que hasta entonces había venido entrelazado con una eticidad convencional apoyada en la dimensión de lo sacro: habría que inventar un sistema de reglas que asocie, a la vez que diferencie en términos de división del trabajo, ambas estrategias, a saber, la estrategia de limitar y la

estrategia de deslimitar el riesgo de disentimiento que la acción comunicativa lleva en su seno.

Por un lado, la garantía que el Estado asume de imponer el derecho ofrece un equivalente funcional de la estabilización de expectativas mediante una autoridad sacra. Mientras que las instituciones apoyadas en una imagen sacra del mundo fijan mediante delimitación y restricciones de la comunicación las convicciones rectoras del comportamiento, el derecho moderno permite sustituir convicciones por sanciones dejando a discreción de los sujetos los motivos de su observancia de las reglas, pero imponiendo coercitivamente esa observancia. En ambos casos la desestabilización generada por un disenso fundado se evita haciendo que los destinatarios no puedan poner en cuestión la validez de las normas a que se ajustan en su comportamiento. Este «no poder» cobra empero en el segundo caso un sentido distinto, a saber, un sentido articulado en términos de racionalidad con arreglo a fines, pues el modo de validez de la norma también ha cambiado. Mientras que en el sentido de la validez de las convicciones asociadas con la autoridad de lo sacro facticidad y validez se fundían, en la validez jurídica ambos momentos se separan: la aceptancia impuesta del orden jurídico todos la distinguen de la aceptabilidad de las razones en que se apoya la pretensión de legitimidad de ese orden jurídico. Esta doble codificación remite, *por otro lado*, a la circunstancia de que la positividad y la pretensión de legitimidad del derecho tienen también en cuenta esa deslimitación de la comunicación, que hace que por principio todas las normas y valores queden expuestos a un examen crítico. Los miembros de la comunidad tienen que poder suponer que en una libre formación de la opinión y la voluntad políticas ellos mismos darían su aprobación a las reglas a las que están sujetos como destinatarios de ellas. Por lo demás, este proceso de legitimación queda convertido en ingrediente del sistema jurídico, ya que frente a las contingencias que comporta el informe flotar de la comunicación cotidiana, necesita él mismo de institucionalización jurídica. A reserva de esta restricción o limitación de la comunicación, el permanente riesgo que representa la contradicción, que representa el decir que no, queda institucionalizado en forma de discursos y convertido en la fuerza productiva de una formación de la opinión y la voluntad políticas presuntivamente racionales.

(3) Cuando se considera de este modo el derecho moderno como mecanismo que descarga de tareas de integración social a las operaciones de entendimiento de los actores que actúan comunicativamente, las cuales de otro modo quedarían sometidas a presiones y exigencias excesivas, y ello sin neutralizar en principio la deslimitación del espacio de comunicación, se tornan comprensibles ambos

lados, a saber, la positividad del derecho y su pretensión de aceptabilidad racional. Pues la positividad del derecho significa que con el plexo de normas conscientemente estatuidas surge todo un fragmento de realidad social artificialmente generada, cuya existencia es sólo discrecional, pues cada uno de sus componentes particulares puede derogarse y cambiarse. Bajo este aspecto de cambiabilidad, o de susceptibilidad de cambio, la validez del derecho positivo aparece como la expresión pura de una voluntad que, habida cuenta de la posibilidad siempre presente de derogarlas, presta a determinadas normas una durabilidad discrecional. En este voluntarismo del puro poner, de la posición pura, es en el que, como veremos, se enciende el *pathos* del positivismo jurídico. Por otro lado, la positividad del derecho no puede basarse sólo en la contingencia de decisiones arbitrarias y discrecionales, esto es, no puede basarse sólo en la decisión, sin que ello redunde en pérdida de su capacidad de integración social. Antes el derecho debe su fuerza vinculante a la alianza que entablan la positividad del derecho y su pretensión de legitimidad. En esta conexión se refleja ese entrelazamiento estructural de la aceptancia fundadora de hechos sociales y de la aceptabilidad que las pretensiones de validez pretenden, entrelazamiento que, como tensión entre facticidad y validez, venía ya alojado en la acción comunicativa y en los órdenes sociales más o menos espontáneos o cuasinaturales. Esta tensión ideal retorna intensificada en el plano del derecho, y, por cierto, en la relación entre coerción jurídica, la cual asegura a la regla una aceptancia de tipo medio, y la idea de autolegislación —o la suposición de la autonomía política de los ciudadanos unidos—, la cual es la única capaz de desempeñar o resolver la pretensión de legitimidad de las reglas, es decir, de tornarlas racionalmente aceptables.

De esta tensión mantenida en la dimensión de validez del derecho resulta además la necesidad de organizar en forma de derecho legítimo el propio poder político, al que se recurre para imponer el derecho (y para aplicar autoritativamente el derecho) y al que el derecho debe su positividad. Al desiderátum de una transformación jurídica del poder que el derecho mismo presupone, responde la idea de Estado de derecho. En éste la praxis ciudadana de la autolegislación cobra una forma institucionalmente diferenciada. Con la idea de Estado de derecho se pone en marcha una espiral de autoaplicación del derecho, la cual tiene por fin hacer valer la suposición internamente inevitable de la autonomía política frente a la facticidad del poder no jurídicamente domesticado que se introduce en el derecho. La configuración del Estado de derecho puede entenderse como la secuencia básicamente abierta de dispositivos, precauciones y cautelas aconsejados por la experiencia contra el avasallamiento del sistema jurídico por el poder ilegítimo de los estados de cosas, es

decir, de las circunstancias y relaciones sociales y políticas, que contradiga la autocomprensión normativa del derecho. Se trata aquí de una relación *externa* (percibida desde el punto de vista del sistema jurídico) entre facticidad y validez, una tensión entre norma y realidad, que representa ella misma un desafío a que se la elabore normativamente.

Las sociedades modernas no sólo se integran socialmente, es decir, por medio de valores, normas y procesos de entendimiento, sino también sistémicamente, es decir, a través de mercados y de poder empleado administrativamente. El dinero y el poder administrativo son mecanismos de integración de la sociedad, formadores de sistemas, que coordinan las acciones de forma no necesariamente intencional, es decir, no necesariamente a través de la conciencia de los participantes en la interacción y, por tanto, no mediante gasto de energías comunicativas, sino objetivamente, por así decir, a espaldas de esos participantes. La «mano invisible» del mercado es desde Adam Smith el ejemplo clásico de tal tipo de regulación o control. Por vía de institucionalización jurídica ambos medios quedan anclados en los órdenes y esferas del mundo de la vida integrados a través de la acción comunicativa. De este modo el derecho moderno queda asociado con los tres recursos de la integración social. A través de una práctica de la autodeterminación, que exige de los ciudadanos el ejercicio en común de sus libertades comunicativas, el derecho nutre en última instancia su capacidad de integración social de las fuentes de la solidaridad social. Las instituciones del derecho público y privado posibilitan, por otro lado, el establecimiento de mercados y la organización del poder estatal; pues las operaciones del sistema económico y del sistema administrativo, diferenciadas de los componentes sociales del mundo de la vida, se efectúan en las formas que les presta el derecho.

Y como de esta forma el derecho forma engranaje tanto con el dinero y con el poder administrativo, como con la solidaridad, en sus operaciones relativas a integración de la sociedad ha de elaborar y dar forma a imperativos de muy diversa procedencia. Las normas jurídicas no llevan ciertamente escrito en la frente a qué tipo de equilibrio se ha llegado entre esos imperativos. En las materias de los distintos ámbitos del derecho puede reconocerse, ciertamente, el origen de la necesidad de regulación, a la que reaccionan la política y la producción de normas. Pero en los imperativos funcionales del aparato estatal, del sistema económico y de otros ámbitos sociales se imponen con frecuencia constelaciones de intereses normativamente no filtradas, por la sola razón de que son las más fuertes y pueden servirse por tanto de la fuerza legitimadora que la forma jurídica posee, con el fin de disimular o encubrir que la capacidad que tienen de imponerse es puramente fáctica. Como medio de organización

de un poder político que está referido a los imperativos funcionales de un sistema económico diferenciado y atenido a su propia lógica, el cual acaba determinando la estructura del orden social, el derecho moderno resulta ser, precisamente por esa razón, un medio profundamente equívoco de integración de la sociedad. Muy a menudo el derecho presta al poder ilegítimo una apariencia de legitimidad. Y esa apariencia no permite a primera vista reconocer si lo que el derecho opera en lo tocante a integración de la sociedad, es decir, las operaciones del sistema jurídico en lo tocante a integración, vienen sostenidas por, o tienen su base en, el asentimiento de los ciudadanos asociados, o si resultan de la autoprogramación estatal y del poder socioestructural y, apoyadas sobre esa base material, generan ellas mismas la necesaria lealtad de la población.

Sin embargo, a tal autolegitimación del derecho, controlada o regulada en términos cuasinaturales, le vienen trazados límites tanto más estrechos cuanto menos el sistema jurídico puede apoyarse en conjunto en garantías metasociales e inmunizarse contra la crítica. Ciertamente, un derecho al que en las sociedades modernas le compete la carga principal en lo tocante a integración social, no tiene más remedio que verse sometido a la presión *profana* de los imperativos sistémicos de la reproducción de la sociedad; pero simultáneamente, se ve sometido a una coerción, por así decir, *idealista*, que le obliga a legitimar esos imperativos. También las operaciones de integración sistémica que el sistema económico y el aparato estatal efectúan, respectivamente, a través del dinero y del poder administrativo, deben quedar conectadas con el proceso de integración social que representa la praxis de autodeterminación de los ciudadanos, a tenor de la comprensión que la comunidad jurídica plasma de sí en su derecho constitucional. La tensión entre el idealismo del derecho constitucional y el materialismo de un orden jurídico, en particular de un derecho económico, que no hace sino reflejar la desigual distribución del poder social, encuentra su eco en los contrapuestos caminos que toman la consideración filosófica y la consideración empírica del derecho. Pero antes de retomar las consideraciones relativas a la tensión interna al sistema jurídico entre facticidad y validez, entraré en la relación externa entre la facticidad social y la autocomprensión del derecho moderno, y ello tal como esa relación se refleja en los discursos sociológicos sobre el derecho y en los discursos filosóficos sobre la justicia.

II

CONCEPCIONES SOCIOLÓGICAS DEL DERECHO Y CONCEPCIONES FILOSÓFICAS DE LA JUSTICIA

A través de la acción comunicativa el potencial de racionalidad del lenguaje se utiliza, se moviliza, y en el curso de la evolución queda liberado, para funciones de la integración social. El derecho moderno viene a llenar los huecos funcionales de órdenes sociales que en sus operaciones de integración social se ven sometidos a exigencias que no pueden cumplir. En la dimensión de la validez de este derecho se intensifica aquella tensión entre facticidad y validez, que con el contenido ideal de los presupuestos pragmáticos de la acción comunicativa viene ya inscrita en la práctica cotidiana no formalizada. En la medida en que se cobra conciencia del contenido ideal de la validez jurídica, conciencia que empieza plasmándose en las ideas de una organización y autoorganización conscientes de la comunidad jurídica, tal como quedaron articuladas en el derecho natural racional, y ese contenido ideal choca con los imperativos funcionales de la economía regulada por el mercado y de la administración burocrática, tal autocomprensión normativa suscita, y se ve confrontada con, una crítica articulada en términos de ciencias sociales. Por un lado, el derecho tiene que mantener su fuerte pretensión de que ni siquiera el subsistema regulado a través del dinero y el subsistema regulado por el poder administrativo pueden sustraerse por entero a una «integración social», mediada a través de la conciencia social global; por otro, es precisamente esta pretensión la que parece ser víctima del desencantamiento del derecho por parte de la sociología. Cómo la sociedad elabora esta contradicción, es un tema que desde hace tiempo viene ocupando a investigaciones articuladas en términos de crítica de las ideologías y de crítica del poder. Esta línea de una crítica del derecho que se ocupa de confrontar pre-

tensión y realidad, sólo la seguiré[1] en la medida en que desemboca en una objeción más radical, a saber, en la objeción de que un derecho que se ha vuelto periférico no tiene más remedio que despojarse cada vez más incluso de la apariencia de normatividad, si es que quiere seguir cumpliendo sus funciones en vistas de la creciente complejidad de la sociedad. Esta afirmación, si estuviese en lo cierto, privaría de su suelo a una teoría discursiva, como es la nuestra, que conecta con la autocomprensión normativa del derecho; ese planteamiento nuestro habría perdido entonces de antemano el contacto con una realidad que se habría vuelto cínica. Pero frente al escepticismo que, en lo tocante al lado normativo del derecho, parece difundirse en las ciencias sociales, las teorías filosóficas de la justicia subrayan decididamente el contenido moral de las instituciones jurídicas modernas. Estas construcciones racionales del derecho sirven a la fundamentación de principios conforme a los que habría de estar construida una sociedad bien ordenada; pero en tal empresa se alejan hasta tal punto de la realidad de las sociedades contemporáneas, que tienen dificultades a la hora de especificar condiciones para la realización de esos principios.

Primero seguiré esa línea de discusión sociológica sobre el derecho, que representa la teoría de sistemas, con el fin de examinar las ventajas y las desventajas de un desencantamiento objetivista del derecho (I). Recurriendo al caso de la concepción del derecho desarrollada por John Rawls, mostraré a continuación las dificultades complementarias a que se ve abocado un discurso filosófico sobre la justicia efectuado en términos normativos (II). Partiendo de Max Weber y Talcott Parsons desarrollo finalmente la doble perspectiva desde la que el sistema jurídico puede tomarse reconstructivamente en serio desde dentro en su contenido normativo a la vez que describirse desde fuera como ingrediente de la realidad social (III).

I

El valor atribuido a la categoría «derecho» durante los tres últimos siglos en el análisis del Estado y de la sociedad ha fluctuado al alza y a la baja según fuera la coyuntura científica. Desde Hobbes hasta Hegel el derecho natural moderno se sirvió de esa categoría como una categoría clave, por la que vendrían mediadas todas las relaciones sociales. Las figuras jurídicas de pensamiento parecían bastar para proyectar el modelo de legitimación de una sociedad bien or-

1. Cf. B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 136-166.

denada. La sociedad correcta se presentaba como la erigida conforme a un programa jurídico racional. Pero ya las teorías de la sociedad natural de los filósofos morales escoceses hicieron valer contra las concepciones del derecho natural racional la objeción de que las complicadas tramas sociales de prácticas, costumbres e instituciones se resistían a una reconstrucción en términos de derecho formal. Adam Ferguson y John Millar se sitúan todavía entre la política clásica y la economía política contemporánea, son los primeros en iniciar el tránsito desde Aristóteles a Marx[2]. Como investigadores empíricos, se vuelven contra el *prescriptivismo* de un derecho natural racional, que, atento sólo a argumentos normativos, pasa por alto las peculiaridades y detalles históricos y los hechos y datos socioculturales; como sociólogos y antropólogos tempranos, se vuelven también contra un *racionalismo* que trata de disolver en un sistema de reglas construido con voluntad y conciencia todo el plexo informal de relaciones sociales estabilizadas por el uso y la costumbre, de complejas instituciones, y de constelaciones de intereses profundamente enraizadas, en que un orden social consiste.

Mas el modelo del contrato social podía apoyarse en la evidencia de que la moderna sociedad de intercambios parecía asegurar a las personas privadas a través de su participación en el tráfico económico una autonomía e igualdad, por así decir, cuasinaturales. Este carácter de la sociedad civil espontáneamente garantizador de la libertad no parecía precisar de otra cosa que quedar expresamente fijado en términos de derecho formal. Ciertamente, esta intuición sólo se vuelve explícita en las variantes liberales de la teoría del contrato social, desde Locke hasta Kant y Thomas Paine[3]. La intención de construir en términos de derecho natural racional las instituciones básicas del orden social viene a parar en todas las teorías contractualistas en que la sociedad queda entendida en conjunto como un producto intencional resultante de la asociación voluntaria de miembros que originalmente son autónomos y libres[4]. Esta sorprendente idea sólo puede cobrar una cierta plausibilidad sobre el transfondo de que la sociedad civil empieza apareciendo como una base natural, como un «estado de naturaleza», en el que las partes se topan unas con otras como siendo de por sí iguales y libres: «de por sí» porque los poseedores de mercancías, imaginados como administradores de sus respectivas haciendas, bajo las condiciones iguali-

2. A. Ferguson, *Essay on the History of Civil Society*, London, 1766; J. Millar, *Observations Concerning the Distinction of Ranks in Society*, 1771.

3. C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism. Hobbes to Locke*, Oxford, 1962; W. Euchner, *Naturrecht und Politik bei John Locke*, Frankfurt a. M., 1979.

4. I. Fetscher y H. Münkler (eds.), *Pipers Handbuch politischer Ideen* III, München, 1985, cap. VII, pp. 353 ss.

tarias de una economía centrada en el intercambio de mercancías al por menor, ocupan ya *virtualmente*, antes de toda «sociación» o socialización política intencionalmente producida, como dirá Marx, el papel de sujetos autónomos de derecho privado. Este transfondo pasa, ciertamente, a segundo plano en los autores que describen el «estado de naturaleza», no en términos económicos, sino en términos de teoría del poder; pese a lo cual, las construcciones del «estado de naturaleza» de tipo hobbesiano constituyen en todo caso un equivalente de la suposición de la sociedad civil como una esfera que, incluso antes de toda regulación jurídica, habría de hacer de fuente de sociación o socialización política porque las relaciones de competencia económica implican ya sujetos capaces de concluir contratos y, por tanto, de establecer derecho.

Esta premisa, desarrollada explícitamente o supuesta implícitamente, explica por qué el análisis económico de la sociedad civil, proveniente de la filosofía moral escocesa, supuso una conmoción llena de consecuencias para la tradición del derecho natural racional. Con Adam Smith y Ricardo se desarrolla una economía política que entiende la sociedad civil como una esfera de tráfico de mercancías y de trabajo social, dominada por legiformidades de tipo anónimo. Hegel, siguiendo a la economía política, da a esa sociedad el nombre de «sistema de las necesidades», sistema en el que los individuos están privados de toda libertad real. Y finalmente, Marx, como crítico de la economía política, sólo reconoce ya en la anatomía de la sociedad civil estructuras en las que el proceso de autorrealización del capital discurre por encima de las cabezas de individuos que se alienan de sí mismos, produciéndose así formas cada vez más dramáticas de desigualdad social. De un conjunto de condiciones posibilitadoras de la libertad y, por tanto, donadoras de *autoridad*, bajo las que los individuos se asocian con voluntad y conciencia y someten el devenir social al control común de todos, la sociedad civil se transforma en un sistema en que se despliega una *dominación anónima*, un sistema que se autonomiza frente a las intenciones de individuos que se ven atrapados en formas de relación social ajenas a su conciencia, de un sistema que sólo obedece ya a su propia lógica y que somete a la sociedad en conjunto a los imperativos de su autoestabilización, a los que sólo cabe descifrar ya en términos económicos.

Con este cambio de perspectiva producido por la economía política y por la crítica de la economía política, la categoría «derecho» pierde su papel clave en lo tocante a estrategia teórica. La reproducción de la vida social no es sólo demasiado compleja como para poder ser aprehendida en las estériles figuras normativas de pensamiento del derecho natural racional. Antes los mecanismos de integración de la sociedad son también, así aparece ahora, de un tipo muy distinto, a saber, de tipo no normativo. La anatomía de la sociedad civil desarrollada en conceptos de la economía política tiene un efecto desenmascarador: no son las relaciones jurídicas, sino las relaciones de producción, las que constituyen el armazón óseo que sostiene al organismo social. La imagen médica o anatómica queda pronto desplazada por imágenes que hacen referencia a la construcción de edificios: el derecho pertenece a la superestructura política de la base económica de una sociedad, en la que la dominación de una clase sobre otra se ejerce en la forma apolítica de la capacidad de disposición privada sobre los medios de producción. El ciclo recursivamente cerrado de producción y reproducción de valores de cambio penetra a través de las operaciones del derecho moderno relativas a integración social sometiéndolas a su lógica, y rebaja ese derecho a la categoría de epifenómeno. Con ello el mecanismo del mercado, descubierto y analizado por la economía política, se hace también con la hegemonía en teoría de la sociedad. El modelo realista de una «sociación» no-intencional, anónima, que se efectúa a espaldas de los actores, disuelve al modelo idealista de una asociación intencionalmente producida a la que los propios miembros de la comunidad jurídica dan continuidad.

Sin embargo, Marx se sigue ateniendo todavía al concepto de sociedad como totalidad, que resulta determinante desde Aristóteles a Hegel. Sólo que lo que se consideró la cúspide y centro de ese todo que es la sociedad, en que están insertos los individuos como partes, queda ahora cabeza abajo. La unidad manifiesta de un orden estatal jurídicamente constituido queda ahora sustituida por la unidad latente, sistémicamente producida, del proceso económico global de autorrealización del capital. Pero, sobre todo, ese proceso, entendido como totalidad negativa, queda referido en términos de filosofía de la historia al contramodelo clásico (que sigue presente) de una totalidad producida conscientemente. Después que desde Vico a Condorcet la teleología de la naturaleza quedase desplazada de la dimensión de la naturaleza a la dimensión de la historia[5], la sociedad pudo ser entendida como una totalidad referida a sí misma, en evolución, que sólo en el decurso del proceso histórico realizará el *telos* que lleva inscrito en su seno de una sociación o socialización intencional, y ello como asociación futura de productores liberados del fetiche del capital, que someterán a un control comunitario las condiciones del proceso material de de sus vidas.

Esta precaria construcción no pudo resistir —aun prescindiendo de otras objeciones— ni la crítica a sus supuestos de fondo concernientes a teleología de la historia, ni tampoco las reservas contra este tipo de concepciones holistas de la sociedad. Pero a lo largo de la historia de la teoría sociológica se impuso en diversas líneas de

5. K. Löwith, *El sentido de la historia*, Madrid, [4]1993.

tradición esa mirada estrictamente objetivante, en que nos instruyó Marx, dirigida desde fuera a los mecanismos de sociación o socialización, y ante la que se deshace como mera apariencia aquella supuesta «integración social» efectuada a través de valores, normas y procesos de entendimiento, y, por tanto, también la que discurre a través del derecho. Cuando finalmente, en la línea del funcionalismo marxista acaba esfumándose incluso la esperanza articulada en términos de filosofía de la historia, la sociedad parece salirse de la dinámica de la historia y (bajo las coerciones sistémicas de un acelerado proceso de acumulación que todo lo penetra, que dictatorialmente la empujan a la repetición), petrificarse en un mundo de relaciones sociales cosificadas[6]. Esta teoría sistémica debe su *melancólico* sentido a que sigue teniendo por referencia una totalidad, si bien interpretada ahora en términos negativos, es decir, interpretada como un todo coercitivo[7]. Pero en cuanto la evidencia de la progresiva diferenciación y creciente complejidad de la sociedad prohíbe incluso esta relación invertida, de tipo crítico-melancólico, con el todo abstracto de esa inflada razón instrumental, la teoría de sistemas adopta un gesto y actitud *afirmativos*, pierde su aguijón crítico, al tiempo que se desprende de esa fijación filosófica a un único mecanismo de «sociación», a saber, al mecanismo de «sociación» centrado en el intercambio de equivalentes.

El funcionalismo sistémico puede una vez más superar al alza el realismo del modelo marxiano, con el concepto de una sociedad decentrada, funcionalmente diferenciada, que apunta en direcciones muy distintas con sus múltiples subsistemas; y en ella se ve subsumido el observador sociológico, junto con su ciencia, como un sistema más entre otros. En esta sociedad policéntricamente descompuesta, sin base y sin cabeza, los múltiples subsistemas, recursivamente cerrados, que mantienen sus límites, constituyen entornos los unos para los otros; se topan unos con otros en un plano, por así decir, horizontal, observándose unos a otros y, sin posibilidad de intervenir directamente unos en otros, adoptando una actitud reflexiva acerca de esa su mutua relación. Las capacidades transcendentales de los sujetos-consciencias monádicamente concebidos por Husserl pasan a ser propiedad de subsistemas despojados, ciertamente, de la subjetividad de las mónadas-conciencia, pero monádicamente encapsulados sobre sí mismos.

N. Luhmann se presenta como el sucesor de la fenomenología transcendental por el lado de la teoría de sistemas, dando de este modo un giro a la filosofía del sujeto y asentándola sobre un objetivismo radical. De un modo distinto las teorías estructuralistas de la

6. S. Benhabib, *Critique, Norm and Utopia*, New York, 1986.
7. W. Lepenies, *Melancholie und Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1969.

sociedad desde Lévi-Strauss hasta Althusser y Foucault efectúan un paso similar. Tanto en un caso como en otro los sujetos, que constituyen en cada caso mundos propios o que, en un plano superior, comparten intersubjetivamente mundos de la vida comunes, pierden su lugar; y con ello pierden también su derecho todas las operaciones intencionales de integración efectuadas a través de la conciencia de los actores mismos. Quedan borradas todas las huellas hermenéuticas mediante las que pudiese encontrar aún acceso a la sociedad una teoría de la acción que partiese internamente de la autocomprensión de los actores mismos. Con esta radicalización de análisis sistémico-marxiano las nuevas teorías objetivistas de la sociedad se distancian de la estrechez y del lastre normativo de aquellas categorías holísticas, articuladas además en términos de filosofía de la historia. La mirada se abre así con desenvoltura al espectro de variación, a la contingencia y a la pluralidad y diversidad de las sociedades supercomplejas.

También las investigaciones de sociología del derecho se aprovechan del nuevo paradigma. El sistema jurídico —o las estructuras que en él subyacen— recobran una parte de la autonomía que, por así decir, la crítica ideológica les había hecho perder. El derecho ya no se considera como epifenómeno, sino que vuelve a cobrar un sentido propio y específico. Sin embargo, en una sociedad integralmente decentrada sigue ocupando no más que una posición periférica, constituye un sistema o un discurso dentro de una pluralidad desordenada de sistemas y discursos. Los fenómenos pertinentes, a saber, las comunicaciones jurídicamente estructuradas o las comunicaciones controladas por el derecho, son descritas en un lenguaje que, al articularse en términos objetivistas, hace caso omiso de la autocomprensión de los actores y que ni busca conectar, ni tampoco conecta, con el saber intuitivo de los participantes. Bajo la mirada artificialmente extrañada del observador de sistemas, observador que se entiende a sí mismo como un sistema en un entorno, o del etnólogo que también se enfrenta a las prácticas y juego de lenguaje vernáculos como un forastero no iniciado en ellos, todo fragmento de vida social se congela no constituyendo otra cosa que una especie de segunda naturaleza, no accesible en términos hermenéuticos, acerca de la cual se recoge y acumula saber contraintuitivo del tipo del que es propio de las ciencias de la naturaleza.

Por la vía que va desde las tempranas controversias entre las teorías de la sociedad natural y las teorías del derecho natural del siglo XVIII hasta el estructuralismo y la teoría de sistemas, la reflexión sociológica no solamente parece minar irrevocablemente los planteamientos prescriptivistas y racionalistas que las teorías contractualistas hacen de la sociedad, sino también devaluar el derecho como categoría central de la teoría de la sociedad. El punto final

provisional en este eje de la historia de la teoría sociológica lo marca la sociología del derecho de Niklas Luhmann[8]. Ésta me interesa aquí simplemente como la variante más consecuente de una teoría que, en comparación con las teorías clásicas de la sociedad, atribuye al derecho una posición marginal y neutraliza bajo una descripción objetivista el fenómeno de la validez del derecho, al cual sólo se puede acceder internamente.

En esta teoría el derecho se entiende únicamente desde el punto de vista funcional de la estabilización de expectativas de comportamiento. En las sociedades funcionalmente diferenciadas el derecho se especializa en generalizar concordantemente expectativas en las dimensiones temporal, social y objetiva, de suerte que en los casos de conflicto que contingentemente surjan pueda decidirse vinculantemente conforme al código binario «justo» jurídico/«injusto» jurídico. El sistema jurídico en conjunto comprende todas las comunicaciones que se orientan por el derecho. En sentido estricto comprende aquellos actos jurídicos que cambian la situación jurídica, viniendo tales actos retroalimentativamente conectados con procedimientos jurídicos institucionalizados, normas jurídicas y consideraciones de dogmática jurídica. Ahora bien, estas definiciones, que resultan convencionales en sociología del derecho, sólo cobran su sentido específico mediante la suposición de que la diferenciación evolutiva del sistema jurídico puede entenderse como una autonomización que acaba independizando al derecho, una vez que éste se vuelve positivo, y convirtiéndolo en un sistema autopoiético. Entonces el sistema jurídico, como un proceso o ciclo de comunicación recursivamente cerrado, se deslinda de tal suerte de sus entornos, que sólo desarrolla ya sus relaciones externas a través de «observaciones». Describe a su vez sus propias componentes en categorías jurídicas y utiliza estas tematizaciones para constituir y reproducir con sus propios medios actos jurídicos. El sistema jurídico se torna autónomo en la medida en que sus componentes están de tal suerte enlazados unos con otros, «que las normas y acciones jurídicas se producen mutuamente unas a otras, y que los procedimientos y la dogmática relacionan a su vez esas relaciones»[9].

La primera consecuencia de esta concepción es la desconexión entre un sistema jurídico monádicamente cerrado a la vez que monádicamente abierto y el resto de los subsistemas de acción. Ese sistema jurídico que se ha vuelto autónomo ya no puede mantener un intercambio *directo* con sus entornos internos a la sociedad, ni tampoco obrar regulativamente sobre ellos. Sobre la base de la cons-

8. N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1981; Id., *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969.

9. G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M., 1989, p. 46.

trucción de entornos en cada caso propios, el contacto (establecido mediante observación) con los sucesos que tienen lugar allende los límites del sistema sólo puede ofrecer ya al sistema jurídico, cerrado autopoiéticamente, motivos u ocasiones para obrar sobre sí mismo. Le vienen vedadas funciones de regulación o control relativas a la sociedad global. El derecho sólo puede «regular» la sociedad global en un sentido metafórico: al cambiarse a sí mismo se presenta a otros subsistemas como un entorno cambiado, al que éstos, a su vez, pueden «reaccionar» de la misma forma indirecta. Sobre esto volveré enseguida.

La segunda consecuencia que por de pronto nos interesa es la eliminación de todas las huellas que en las teorías clásicas de la sociedad había dejado tras de sí la autocomprensión normativa del sistema jurídico. Ya la reinterpretación que la teoría behaviourista del aprendizaje hace de las expectativas normativas convirtiéndolas en expectativas cognitivas mantenidas contrafácticamente elimina la dimensión deontológica de la validez normativa y con ello el sentido ilocucionario de las normas de acción y de los preceptos. Luhmann hace suya esta idea y para explicar las expectativas normativas recurre a la estrategia del no-aprender: «El psicólogo sólo piensa aquí en un comportamiento que se niega a aprender, pero, por así decir, a las bravas, y no en un comportamiento que elige la misma estrategia, pero que, para mantenerla, recurre a la moral, a las instituciones y al derecho vigentes. Lo cual permite ver que son normas sociales las que empiezan despatologizando el no-aprender»[10]. La diferencia entre ser y deber ser, entre validez veritativa y validez deontológica queda reducida a dos posibilidades de reacción que como aprender y no-aprender sólo representan una alternativa por referencia a expectativas cognitivas. «Normativas» son entonces las expectativas *cognitivas* que en caso de desengaño uno no está dispuesto a revisar. Mas con esta decisión en lo que toca a conceptos básicos, la sociología funcionalista del derecho se hace ciega frente al sentido del complicado modo de validez del derecho.

Sólo la reinterpretación empirista de los aspectos normativos del derecho vuelve plausible la suposición de un desgajamiento del sistema jurídico respecto de todas sus relaciones *internas* con la moral, por un lado, y con la política, por otro. Esa reinterpretación prejuzga el análisis ulterior, de suerte que el derecho queda reducido a la función especial que representa la aplicación del derecho. Con ello se pierde de vista la interna conexión que se da entre el derecho, por un lado, y la organización que en el Estado democráti-

10. N. Luhmann, «Normen in soziologischer Perspektive»: *Soziale Welt* 20 (1969), p. 35.

co de derecho se produce de la aparición, adquisición y empleo del poder político, por otro.

Decisiva es, finalmente, esa objetivación del derecho que lo convierte en un sistema autorregulado. Bajo esta descripción la comunicación que se efectúa a través del código binario «justo» jurídico/«injusto» jurídico queda privada del sentido que tiene para la *integración social*. Con ello las normas jurídicas y las acciones jurídicas pierden toda conexión con la suposición de procesos de entendimiento racionalmente motivados de los miembros que constituyen la comunidad jurídica. Al describirse como operaciones *sistémicas* las operaciones que en cuanto a integración social tiene el derecho en su función de resolver conflictos, esas operaciones sociointegradoras quedan asimiladas al modelo de «sociación» no intencional. Con ello las pretensiones de validez y las razones expresadas en los discursos jurídicos pierden también su valor intrínseco. El sentido de los argumentos jurídicos se agota en la función de aminorar el valor de sorpresa de decisiones motivadas por otra vía y de elevar la aceptancia que de hecho tienen. Desde el punto de vista del observador sociológico, lo que para los implicados cuenta como fundamentación, se contrae al formato de ficciones necesarias: «Como las razones son difícilmente sustituibles como garantes de las decisiones, al jurista le parece como si las razones justificasen la decisión y no las decisiones las razones»[11]. Las argumentaciones jurídicas que, como veremos, para una teoría discursiva del derecho desempeñan un papel central, no son desde la perspectiva de la teoría de sistemas sino comunicaciones especiales en las que mediante intercambio de razones se resuelven las diferencias de opiniones acerca de cómo distribuir los valores del código con que opera el derecho, es decir, los valores «justo» jurídico/«injusto» jurídico. Ahora bien, desde puntos de vista funcionales sólo pueden contar ya los efectos perlocucionarios que pueden alcanzarse con tales razones: esas razones son medios con los que el sistema jurídico se convence de sus propias decisiones. Pero si las razones ya no disponen de la fuerza intrínseca de motivar racionalmente, si las razones, como reza la fórmula de Luhmann, no pueden razonarse, esa cultura de la argumentación, desarrollada con tanto trabajo, solicitud y empeño en el sistema jurídico, se convierte en un enigma. Habría que explicar por qué «se necesitan razones que no son en absoluto razones»[12].

11. N. Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1986, p. 33.

12. N. Luhmann, «Juristische Argumentation», manuscrito, 1991, p. 1. La respuesta que Luhmann ofrece no es muy convincente. Es más o menos la siguiente: si las «informaciones» hacen conocido lo desconocido y si las redundancias representan repeticiones de lo conocido, entonces las comunicaciones pueden entenderse en general como una conversión en curso de las informaciones en redundancias. Las argumentaciones suministran lo mismo

Al final de un largo proceso de desencantamiento por parte de las ciencias sociales, la teoría de sistemas liquida los últimos restos del normativismo del derecho natural racional. El derecho, que acaba reduciéndose a un sistema autopoiético, queda despojado, desde ese punto de vista sociológico, distanciador y extrañante, de todas sus connotaciones normativas y, en última instancia, de las connotaciones referidas a la autoorganización de una comunidad jurídica. Bajo la descripción de sistema autopoiético, el derecho, narcisísticamente marginalizado, sólo puede reaccionar a sus propios problemas, que a lo sumo podrán venir ocasionados desde fuera. De ahí que no pueda ni percibir ni elaborar problemas que afectan *al conjunto* del sistema social. Al propio tiempo, de conformidad con su constitución autopoiética, el derecho ha de efectuar todas sus operaciones a partir de los recursos que él mismo fabrica. Su validez, el derecho sólo puede hacerla derivar positivísticamente del derecho vigente; se ha despojado de toda pretensión de validez que pueda tener un alcance mayor, como explica Luhmann recurriendo al caso de los procedimientos judiciales. No hay ni un *output* que el sistema jurídico pudiese suministrar en forma de regulaciones: no le están permitidas las intervenciones en el entorno. Ni tampoco hay un *input*, que el sistema jurídico recibiese en forma de legitimaciones: también el proceso político, el espacio de la opinión pública y la cultura política constituyen entornos, cuyos lenguajes el sistema jurídico no entiende. El derecho produce para sus entornos el ruido que a lo sumo puede motivar a los sistemas, para los que el derecho constituye a su vez un entorno, a variar su propia organización interna.

Esta *recíproca indiferencia* entre el derecho y el resto de los subsistemas sociales no concuerda, empero, con las interdependencias empíricamente observables ni aun en caso de que bajo la impresión

a nivel reflexivo. Utilizan razones para asegurar con ayuda de las redundancias existentes un nivel suficiente de redundancia y operar de este modo en dirección contraria a la presión que las informaciones que llegan ejercen en orden a introducir variaciones. Correspondientemente, las argumentaciones jurídicas elaboran la necesidad de fundamentación que surge por la presión variativa que ejercen nuevos casos con el fin de asegurar a lo largo del tiempo la consistencia de las decisiones; erigen, por tanto, una barrera dogmática contra la disponibilidad cognitiva a la adaptación en el contexto de una práctica de toma de decisiones basada en la ponderación y orientada a intereses. Esta propuesta no me parece plausible porque la supuesta conservación dogmática del derecho vigente mediante restricciones a la argumentación parece que fuese algo que pudiera obtenerse sin riesgos. Pero las razones no solamente tienen una función de redundancia, sino que de por sí representan un arma de dos filos: no solamente aseguran la coherencia de un determinado acervo de saber, sino que también son innovadoras al interpretar lo nuevo en términos nuevos y cambiar así los contextos de conocimiento. De ahí que las decisiones jurídicas concernientes a principios exijan también un gasto en argumentación muy superior al de las decisiones de rutina. Por lo demás, un tipo de consideración articulada en términos de teoría de sistemas no puede explicar la función intrínseca de la fundamentación, a saber, la función de evitar o corregir errores, porque no permite una distinción entre decisiones jurídicas fácticas y decisiones jurídicas correctas.

de los resultados de la investigación relativa a implementación de programas políticos (que por lo general suele enjuiciar de forma bastante escéptica los efectos que las intervenciones jurídicas tienen sobre la regulación del comportamiento[13]) y en contra de las concepciones habituales, se esté dispuesto a abstractizar el proceso de producción legislativa convirtiéndolo en algo estrictamente interno al derecho. No puedo entrar aquí en detalle ni en la crítica ni en las maniobras de evitación[14], pero sí quiero llamar la atención sobre una consecuencia que G. Teubner saca de esa fragmentación de la sociedad en una diversidad de subsistemas autónomos, los cuales desarrollarían en cada caso sus propios discursos y habrían de arreglárselas en cada caso con sus respectivas construcciones de la realidad, incompatibles unas con otras. El constructivismo jurídico se ve, tanto teorética como empíricamente, confrontado con la cuestión de qué significa el cierre autorreferencial del sistema jurídico para las posibilidades de comunicación con otros «mundos epistémicos»: «¿Hay algo así como un mínimo epistémico en la sociedad moderna que, pese a toda autonomización, sirva de común denominador para discursos sociales? ¿Hay algo así como covariación e incluso coevolución entre epistemes sociales autónomas? ¿O sólo es posible establecer una conexión en forma de que una episteme sea reconstruible en el marco de otra episteme?»[15]. Teubner trata por separado esta cuestión para el lado receptivo de la elaboración del «saber de hecho» de tipo económico, técnico, psiquiátrico, y científico en general, que ha de traducirse al código con que funciona el derecho y reconstruirse en él, sin que el sistema jurídico mismo pueda asumir «la plena autoridad epistémica» en lo tocante a la fiabilidad del saber extraño así incorporado, por un lado, y para el lado regulativo que representa la «influencia», siquiera indirecta, que el sistema jurídico ejerce sobre ámbitos sociales extraños, por otro. Para ambas direcciones de comunicación Teubner se ve en la necesidad de postular un medio de «comunicación social general». Por el lado de la influencia reguladora sobre subsistemas, discursos, epistemes, etc., extraños, Teubner, bajo el rótulo de «interferencia» entre derecho y sociedad (interferencia que él distingue de la «coevolución» y de la «interpenetración»), abre el derecho autopoiético a contactos reales con la economía, la política, la educación, la familia, etc., contactos que van más allá de un mero servir de «ocasión» a la autopóiesis jurídica o viceversa. Como tales subsistemas entran en contacto entre sí a través *del mismo* suceso comunicativo, en un mismo acto de comunicación ha de poder producirse un «solapamiento» de acciones con referencias sistémicas bien distintas.

13. R. Mayntz, *Steuerung, Steuerungsakteure, Steuerungsinstrumente*, H. 70, HiMon, Gesamthochschule Siegen, 1986; cf. Id. (ed.), *Implementation politischer Programme* II, Opladen, 1983.

14. R. Münch, «Die sprachlose Systemtheorie»: *Zeitschrift für Rechtstheorie* 6 (1985); N. Luhmann, «Einige Probleme mit "reflexivem" Recht»: *Zeitschrift für Rechtstheorie*, 6 (1985); cf. también G. Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, 1988.

15. G. Teubner, «Die Episteme des Rechts», en D. Grimm (ed.), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990, p. 126.

Así por ejemplo, en la conclusión de un contrato de arrendamiento el acto jurídico se interseca con una transacción económica y con procesos en el mundo de la vida de los participantes: «A través de esta interferencia sistémica derecho/mundo de la vida/economía, los subsistemas pueden hacer algo más que sólo observarse unos a otros y/o sólo regularse a sí mismos»[16]. Pueden comunicar entre sí, pues «toda comunicación especial es siempre también —literalmente *uno actu*— comunicación social general»[17]. Pero como delata ya la expresión «mundo de la vida», extraña a la teoría, Teubner tiene que suponer un medio de comunicación común para todas las comunicaciones sociales, sobre el que los códigos especiales no harían sino asentarse: «Los subsistemas hacen uso de la corriente de comunicación social y extraen de esa corriente comunicaciones especiales como nuevos elementos que se integran en ellos»[18]. Además, las interferencias que se producen en actos particulares de comunicación pueden consolidarse estructuralmente en una interferencia de roles que quizá hagan referencia a muy distintas esferas. Pero no creo que esta propuesta pueda recibir una versión conforme con la estructura y tenor general de la teoría de sistemas.

Por un lado, el discurso jurídico permanecería prisionero de su propia autorreproducción y sólo construiría sus propias imágenes internas del mundo externo; pero, por otro lado, daría forma a, y haría uso de, la «comunicación social general», para poder «ejercer influencia» sobre las construcciones sociales generales de la realidad y, por esta vía, también sobre otros mundos de discurso. Pero ambos enunciados son difícilmente conciliables entre sí. Si es correcto el primer enunciado, entonces uno y el mismo acto de comunicación pertenecería por lo menos a dos discursos distintos; pero la identidad de ambas manifestaciones sólo podría reconocerse entonces objetivamente, y no desde el punto de vista de uno de los discursos involucrados; pues de otro modo tendría que poder haber entre ellos una relación de traducción, la cual haría añicos el cierre discursivo de esos circuitos de comunicación supuestamente impenetrables los unos para los otros. En favor de esta interpretación habla la curiosa formulación siguiente: «Todo acto jurídico es al mismo tiem-

16. G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M., 1989, p. 109.
17. *Ibid.*, p. 107.
18. *Ibid.*, p. 108.

po —*uno actu*— un suceso de la comunicación social general. Uno y *el mismo* suceso comunicativo está ligado a dos discursos sociales distintos, al discurso jurídico institucionalmente especializado y a la comunicación general difusa. La interferencia del derecho con otros discursos sociales no significa que éstos se disuelvan ahora en un superdiscurso multidimensional, ni tampoco significa que se produzca un "intercambio" de comunicación entre ellos. Antes bien, la información se constituye nuevamente en cada discurso, y la interferencia no añade nada excepto la *simultaneidad* de dos sucesos comunicativos»[19]. Ahora bien, la simultaneidad sola no puede garantizar la identidad de una manifestación que cobra significados diversos según sea el lenguaje de referencia. Lo idéntico del suceso sígnico tendría que poder ser percibido a su vez en la diferencia de esos sus diversos significados y quedar fijado desde el punto de vista de algún observador. Pero como según los presupuestos de la teoría de sistemas no puede haber tal posición de observador, como tampoco puede haber un sujeto social global, resulta que el suceso comunicativo en cuestión tendría que poder ser identificado como *el mismo* por lo menos desde uno de los discursos. Tan problemática operación habría que atribuirla en el mejor de los casos al medio en que se produce esa comunicación difusa y general que circula a lo largo y ancho de la sociedad. Pero entonces ese medio tendría que funcionar como un lenguaje ordinario, que permitiese traducir de esas «lenguas mutuamente extrañas» en que consisten los códigos de los subsistemas, e incluso facilitase entre éstos un intercambio de comunicación que no es posible hacer de forma directa. Pues, ¿de qué otra forma sería posible ese «test de coherencia social» al que los sistemas autorreferencialmente cerrados quedan expuestos «en la comunicación social permanente»? Si Teubner hubiese de hacer plausible su segundo enunciado por esta vía, habría de admitir empero para la sociedad en conjunto un flujo retroalimentativo de comunicación que, ciertamente, quedaría por debajo del nivel del cierre autopoiético de los subsistemas, pero que, sin embargo, cumpliría para los discursos especiales funciones de traducción, extrayendo de ellos y transmitiendo contenidos de información.

Las evidencias empíricas empujan a Teubner a introducir suposiciones que destruyen la arquitectónica de la teoría de sistemas, arquitectónica que es de lo que para Teubner se trata. Pues en una sociedad completamente decentrada no queda lugar alguno para la comunicación social global, para la autotematización y la actuación sobre sí de la sociedad en conjunto, porque la sociedad está centrífugamente disociada en subsistemas que sólo pueden comunicar ya

19. G. Teubner, «Die Episteme des Rechts», p. 27. (El subrayado es mío.)

consigo mismos, cada uno de ellos en su propia lengua. Ahora bien, en Teubner el «mundo de la vida» viene a sustituir al centro perdido de la sociedad. El mundo de la vida se constituye a través de un lenguaje que circula por todos los ámbitos sociales y que ofrece una estructura autorreferencial, de suerte que permite traducir de todos los códigos. Una interferencia de subsistemas que signifique «que no solamente es posible la observación, sino la conexión comunicativa entre sistema y "mundo de la vida"»[20], exige, por debajo del nivel de los códigos funcionalmente especificados, un medio *general* de comunicación. Tal medio se parece tanto al lenguaje ordinario que casi se confunde con él. Permite la diferenciación de medios de regulación o control como el dinero o el poder, pero no puede ser entendido a su vez como un mecanismo sistémico. Esta propuesta se concierta mal con la conceptuación del derecho como un sistema autopoiético. Apunta más bien en la dirección de una teoría de la acción comunicativa, la cual distingue entre un mundo de la vida ligado al medio que representa el lenguaje ordinario y sistemas adaptativamente abiertos al entorno, regidos a través de códigos especiales.

Esta concepción no comete el error de atribuir a los discursos especiales frente al lenguaje ordinario no-especializado una capacidad de resolver problemas *superior en todos los respectos*. Al igual que el otro monopolio antropológico, la mano, también el lenguaje ordinario, gramaticalmente complejo y reflexivamente estructurado, posee la ventaja de su multifuncionalidad. Con su capacidad de interpretación prácticamente ilimitada y la amplitud de su ámbito de circulación, es superior a los códigos especiales por cuanto constituye una caja de resonancia para los costes externos de los subsistemas diferenciados y, por tanto, permanece sensible a los problemas de la sociedad global. Las definiciones y elaboraciones de problemas efectuadas en el medio del lenguaje ordinario son más difusas y quedan operacionalizadas a un nivel inferior de diferenciación y con menos precisión que bajo los aspectos de costes y beneficios, de mandato y obediencia, etc., que son los aspectos que los distintos códigos específicamente unilateralizan y afinan. Pero a cambio el lenguaje ordinario tampoco queda fijado a un único código; es de por sí multilingüe y no necesita pagar el precio de la especialización, a saber, permanecer sordo para problemas que vienen formulados en un lenguaje ajeno.

Cuando se tiene esto en cuenta, la especificación funcional del mundo de la vida, dicho brevemente, se efectúa de suerte que los componentes de ese mundo —cultura, sociedad, estructuras de la personalidad— se diferencian ciertamente *dentro de los límites* de

20. G. Teubner, *Recht als autopoietisches System*, p. 109.

un lenguaje multifuncional, pero permanecen entrelazados entre sí a través de ese medio. De todo ello hay que distinguir esa otra diferenciación formadora de sistemas, que discurre a través de la introducción de códigos especiales, diferenciación mediante la cual, a partir de la componente social del mundo de la vida, y sólo a partir de ella, se forman sistemas funcionales cuales son la economía regida y controlada a través del dinero y la administración regida por el medio poder[21]. Cuando se lo considera desde estas premisas, el derecho cumple una función de bisagra entre sistema y mundo de la vida, función que es incompatible con la idea de un enquistamiento y encapsulamiento autopoiéticos del sistema jurídico. Lo que Teubner describe como «interferencia» u «operación de interferencia», resulta de la peculiar doble posición y función mediadora del derecho entre un mundo de la vida que ha de reproducirse a través de la acción comunicativa, por un lado, y los subsistemas sociales funcionales, que constituyen entornos los unos para los otros, por otro. El circuito de comunicación del mundo de la vida queda interrumpido allí donde choca con medios, cuales son el dinero y el poder administrativo, sordos para los mensajes efectuados en el medio del lenguaje ordinario; pues estos códigos especiales no solamente están diferenciados del lenguaje ordinario, cuya estructura es más rica, sino también desmembrados de él. El lenguaje ordinario constituye, ciertamente, un horizonte universal del entendimiento; en principio puede traducir todo *de* todas las lenguas. Pero no puede, a la inversa, operacionalizar sus mensajes para todos sus destinatarios de forma comportamentalmente eficaz. Para la traducción *a* códigos especiales depende del derecho, el cual está en comunicación con los medios de control o regulación que son el dinero y el poder administrativo. El derecho funciona, por así decir, como un transformador, que es el que asegura que la red de comunicación social global sociointegradora no se rompa. Sólo en el lenguaje del derecho pueden circular *a lo ancho de toda la sociedad* mensajes de contenido normativo; sin la traducción al complejo código que el derecho representa, abierto por igual a sistema y mundo de la vida, esos mensajes chocarían con oídos sordos en aquellos ámbitos de acción regidos por medios sistémicos de regulación o control[22].

21. Cf. J. Habermas, «Acciones, actos de habla, interacciones lingüísticamente mediadas y mundo de la vida», en Id., *Pensamiento posmetafísico*, Madrid, 1990, pp. 67-107.

22. Desde el punto de vista de la teoría de sistemas esta circulación a lo largo y ancho de toda la sociedad es signo del arcaico *status* de una moral que ha quedado muy por detrás de los subsistemas funcionales, cf. N. Luhmann, «Ethik als Reflexionstheorie der Moral», en Id., *Gesellschaftsstruktur und Semantik* III, Frankfurt a. M., 1990, pp. 358-448.

II

Las ciencias sociales socavaron, pues, el normativismo del derecho natural racional, pero ello acabó provocando desde principios de los años setenta una reacción sorprendente. Pues al hilo de una rehabilitación general de los planteamientos de la filosofía práctica, la filosofía del derecho dio un giro que ha devuelto su prestigio a la tradición del derecho natural racional, si bien quizá de forma demasiado inmediata y directa. A más tardar desde *Una teoría de la justicia* de John Rawls (1971) el péndulo dio un golpe hacia el lado opuesto. No sólo entre los filósofos y juristas, también entre los economistas se ha hecho habitual un modo de hablar que conecta sin más ceremonias con los teoremas de los siglos XVI y XVII, como si no fuera menester tomar noticia alguna del desencantamiento que las ciencias sociales efectuaron en el terreno del derecho. Y sin una retrorreferencia metacrítica al cambio de perspectivas históricamente introducido por la economía política y la teoría de la sociedad, esa reasunción tan directa de las estrategias de argumentación del derecho natural racional deja rotos los puentes entre ambos universos de discurso. Mientras tanto, dentro del mismo discurso normativo parecen volver a imponerse aquellas cuestiones relativas a la impotencia del deber, que ya habían motivado a Hegel a estudiar a A. Smith y a D. Ricardo para asegurarse de la estructura de la moderna sociedad civil como de un momento de la realidad de la idea ética[23]. Como retorno de ese olvidado o reprimido problema aparece también desde este punto de vista el interés de John Rawls por las condiciones de la posible aceptancia política de su teoría de la justicia, teoría que Rawls empezó desarrollando en el vacío. Se trata aquí del viejo problema de cómo realizar el proyecto racional de una sociedad justa, que abstractamente se opone a una sociedad irracional, después de haberse disipado históricamente la confianza —inspirada por la filosofía de la historia— en la dialéctica de razón y revolución que Hegel y Marx articularon, no quedando ya abierto en la práctica otro camino que el reformista de ensayo y error, sin que moralmente quepa pensar en, o sea exigible, otra cosa[24].

Rawls había desarrollado en su *Una teoría de la justicia* la idea de una sociedad «bien ordenada» en condiciones modernas de vida. Ésta constituye un sistema que hace posible la cooperación justa entre ciudadanos iguales y libres de una comunidad jurídica. Las

23. A. E. Buchanan, *Marx and Justice*, London, 1982; P. Koslowski, *Gesellschaft und Staat*, Stuttgart, 1982, cap. 6, pp. 242-292.

24. Sobre lo que sigue, cf. K. Baynes, *The Normative Grounds of Social Criticism, Kant, Rawls and Habermas*, Albany, NY, 1992.

instituciones básicas de tal sociedad tienen que estatuirse conforme a un esquema que pueda justificarse a la luz de la justicia entendida como *fairness* y merecer así el asentimiento racionalmente motivado de todos los ciudadanos. Para la justificación de los dos principios supremos de justicia Rawls propone, ateniéndose al modelo contractualista, un procedimiento que puede entenderse como una explicitación del punto de vista de un enjuiciamiento imparcial de las cuestiones básicas de la justicia política, el contenido moral de las cuales salta a la vista. En la «posición original» las partes implicadas en el proceso de justificación están sometidas precisamente a aquellas condiciones (entre otras, la de igualdad, la de independencia, la de desconocimiento de la propia posición en una sociedad futura) que garantizan que todos los acuerdos y convenios basados en consideraciones racionales con arreglo a fines sean a la vez en interés de todos, es decir, puedan considerarse correctos en sentido normativo, o justos[25].

Ya en este *primer nivel* de la justificación normativa de su modelo de sociedad bien ordenada, modelo que, conforme a la terminología norteamericana, tiene rasgos «liberales», y desde un punto de vista europeo «socialdemócratas», Rawls se había ocupado del problema de la autoestabilización. En el § 86 de *Una teoría de la justicia*, Rawls se esfuerza por demostrar la «congruencia de lo justo y lo bueno». Las «partes» que en la «posición original» se ponen de acuerdo sobre principios racionales hay que entenderlas como elementos artificiales o como constructos; no se las debe identificar con los ciudadanos de carne y hueso que habrán de vivir bajo las condiciones reales de una sociedad erigida conforme a los principios de justicia. Tampoco se identifican con esos ciudadanos racionales presupuestos en la teoría, de los que se espera que también actúen moralmente, es decir, que pospongan sus intereses personales a las obligaciones de un ciudadano leal. El sentido de la justicia puede fundar el deseo de actuar justamente; pero este deseo no es un motivo automáticamente eficaz como, por ejemplo, el deseo de evitar el dolor. Rawls se basa, por tanto, en una «teoría débil del bien» para mostrar que las instituciones justas darían lugar a una situación en la que sería en interés bien entendido de cada uno el desarrollar su propio plan de vida libremente elegido, sujetándose a aquellas mismas condiciones otorgadas también a todas las demás personas para que éstas puedan desarrollar sus respectivos planes de vida. Es decir, en una sociedad bien ordenada sería también bueno para mí el atenerme a los requerimientos de la justicia. O dicho con palabras

25. J. Rawls, *Una teoría de la justicia* (1972), México, 1979. Aquí no puedo entrar en los detalles. Cf. mis análisis en J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 125 ss. y 203 ss.

de Hegel: la moralidad del individuo encontraría en las instituciones de una sociedad justa su contexto ético. La autoestabilización de la sociedad justa descansa, por tanto, no en la coerción jurídica, sino en la fuerza socializadora de una vida bajo instituciones justas; pues tal vida desarrollaría, a la vez que reforzaría, la inclinación de los ciudadanos a la justicia.

Pero todo esto sólo vale bajo la premisa de que ya existen instituciones justas. Cuestión distinta es la de cómo en nuestra circunstancia concreta pueden *establecerse* esas instituciones. Tratándose de una teoría filosófica de la justicia, esta cuestión no se plantea desde un punto de vista pragmático, sino por de pronto como una reflexión sobre las condiciones político-culturales de ese pluralismo de convicciones valorativas bajo las que una teoría de la justicia habría de encontrar resonancia en el público de ciudadanos contemporáneos. En este *segundo nivel* de la argumentación no se trata del problema de la aplicación de una teoría que se presupone válida, sino de la cuestión de cómo la concepción de la sociedad bien ordenada, desarrollada en un plano de la teoría normativa, puede quedar situada de tal suerte en el contexto de una cultura y de un espacio público existentes, que pueda de hecho encontrar el asentimiento de los ciudadanos dispuestos a entenderse. En este contexto el concepto de *reflective equilibrium* empieza jugando un papel ambivalente, que el propio Rawls no matiza lo suficiente.

El «equilibrio reflexivo» designa un método que ya en el nivel de la construcción de la teoría juega un importante papel. En ese nivel no viene a consistir en otra cosa que en el procedimiento típico de las teorías reconstructivas, conforme al cual el saber intuitivo de sujetos competentes puede ser vuelto explícito en forma racional recurriendo al análisis de manifestaciones, expresiones o elocuciones ejemplares. Un papel distinto es el que desempeña el procedimiento de reconstrucción racional en el segundo nivel, en el que la teoría de la justicia se vuelve reflexivamente sobre su propio contexto de inserción, para exponer cómo y por qué sus enunciados traen a concepto la sustancia normativa de las intuiciones más acreditadas de nuestra práctica cotidiana y las mejores tradiciones de nuestra cultura política. La teoría habría de encontrar «asiento» en la vida política con sólo mostrar que sus principios formulados convincentemente no hacen más que reflejar las convicciones básicas latentes de la población: «La finalidad de la filosofía política cuando se presenta a sí misma en la cultura pública de una sociedad democrática, es articular y hacer explícitos aquellas nociones y principios compartidos que se consideran estar ya latentes en el sentido común; o si, como es a menudo el caso, el sentido común se muestra dubitante e incierto, proponerle ciertas concepciones y principios concordes con sus convicciones más esenciales y con sus más esenciales tradi-

ciones históricas»[26]. Pero como Rawls en el curso de los años setenta debilitó en lo que a fundamentación se refiere, la fuerte pretensión universalista de su teoría de la justicia, se borra también el sentido diferente que esa apelación a nuestras mejores intuiciones normativas tiene en el contexto de fundamentación de la teoría, por un lado, y en el contexto de la ilustración pública acerca de, y de la publicidad y propaganda política en favor de, los principios de una teoría, defendida ya por expertos filosóficos, por otro. Cuanto más cree Rawls poder apoyar su teoría de la justicia sólo ya en intuiciones culturalmente acuñadas en un determinado contexto, intuiciones que nadie «de nosotros» podría razonablemente rechazar, tanto más impreciso se torna el límite entre el negocio de una fundamentación filosófica de los principios de la justicia, por una parte, y, por otra, la empresa de la autocomprensión política de una comunidad jurídica concreta acerca de los fundamentos normativos de su convivencia, convivencia para la que la propuesta de explicitación del filósofo puede tener a lo sumo una función catalizadora o clarificadora.

El segundo concepto relevante en este contexto, el concepto de *overlapping consensus*, venía primero afectado por una ambigüedad similar. Pero después Rawls se percató de que tenía que distinguir con más claridad entre el primer nivel, el nivel de la fundamentación filosófica, y el segundo nivel, el nivel de las consideraciones relativas a aceptación: «Aquí (en el segundo nivel) la idea de un *overlapping consensus* se introduce para explicar cómo, dada la pluralidad de doctrinas religiosas, filosóficas y morales de tipo comprehensivo, que cabe encontrar en una sociedad democrática, las cuales pueden entrar en conflicto entre sí... las instituciones libres pueden ser objeto de la lealtad necesaria para perdurar a lo largo del tiempo»[27]. Ciertamente, también este pasaje da todavía pie a lecturas distintas. No se sabe exactamente si la cuestión de la autoestabilización de una sociedad justa, tratada en *Una teoría de la justicia*, ha de profundizarse aún más en vista del *factum* del pluralismo en lo tocante a concepciones del mundo, o si la concepción del *overlapping consensus* responde a la cuestión de cómo cabe asegurar a la teoría en las circunstancias dadas el grado de aceptancia bien meditada o reflexiva que es menester para una mejora reformista de las instituciones existentes a la luz de la teoría. En lo que sigue parto de esta segunda lectura.

En una sociedad pluralista la teoría de la justicia sólo podrá contar con ser aceptada si se limita a una concepción que sea postmeta-

26. J. Rawls, «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en Id., *Justicia como equidad*, Madrid, 1986, pp. 137-187.

27. J. Rawls, «The Domain of the Political and Overlapping Consensus», manuscrito, 1989, p. 1.

física en sentido estricto, es decir, si evita tomar partido en la disputa entre formas de vida y concepciones del mundo, que compiten unas con otras. Tampoco el uso público de la razón conduce en muchas cuestiones teóricas, y mucho menos en las prácticas, al acuerdo racionalmente motivado que se apetece. Las razones de ello radican en cargas o pesos de la prueba que las propias pretensiones ideales de razón imponen al espíritu finito. Esto vale ya en los discursos científicos. En los discursos prácticos se añade que, incluso en condiciones ideales, las cuestiones concernientes a la vida buena sólo pueden encontrar una respuesta racional dentro del horizonte de un proyecto de vida presupuesto ya como válido. Pues bien, una teoría de la justicia cortada a la medida de las formas de vida moderna tiene que contar con una diversidad de formas de vida y planes de vida que han de coexistir dotados de unos mismos derechos; y naturalmente, sobre esas formas de vida y planes de vida cabrá esperar disenso desde la perspectiva de las diversas tradiciones y de las diversas biografías[28]. La teoría de la justicia tiene que limitarse, por tanto, al estrecho círculo de aquellas cuestiones político-morales básicas, en las que razonablemente cabe esperar un *overlapping consensus*; y esas cuestiones son precisamente aquellas que afectan a valores neutrales en lo que se refiere a concepción del mundo y aceptables por todos. Se buscan principios o normas que encarnen intereses susceptibles de universalización.

Rawls entiende todo esto en el sentido siguiente: una teoría postmetafísica de la justicia, que incluya un concepto débil del bien, es decir, un concepto definido solamente en términos formales, representa un conjunto intersección de enunciados normativos en el que se solapan concepciones de sí y del mundo más comprehensivas, pero dependientes del contexto, sean esas comprehensiones de tipo ético, sean de tipo religioso y metafísico. Pero estas concepciones del mundo, que compiten entre sí, añadiría yo, tienen que haber asumido las condiciones del pensamiento postmetafísico por lo menos hasta el punto de exponerse sin reservas a la discusión pública y argumentativa: «La esperanza es que mediante este método de evitación, como podemos llamarlo, pueden al menos moderarse, si no eliminarse por entero, las diferencias existentes entre puntos de vista políticos, que compiten entre sí, de modo que pueda mantenerse la cooperación social sobre la base de un mutuo respeto. O si esto es esperar demasiado, este método nos permite concebir cómo, supuesto el deseo de un acuerdo libre y no coercitivo, podría alcanzarse un

28. También esto lo incluye Rawls entre las *burdens of reason*. Mientras tanto se han publicado reunidos los artículos publicados por Rawls de 1978 a 1989: Id., *Political liberalism*, New York, 1993. Sobre las *burdens of reason*, cf. pp. 211 ss.

entendimiento público, consistente con las condiciones históricas y las ligaduras que nos impone nuestro mundo social»[29].

No está del todo claro qué es lo que Rawls ha ganado efectivamente con estas consideraciones, y qué no. Ha mostrado, ciertamente, que una teoría normativa de la justicia, tal como él la propone, tiene que poder conectar con una cultura en la que por tradición y costumbre estén ya enraizadas convicciones liberales básicas en las prácticas del trato diario y en las intuiciones de los distintos ciudadanos. Un medio así acuñado cree Rawls poder encontrarlo hoy no sólo en la cultura pluralista de Estados Unidos; sabe también que este pluralismo habría de desarrollarse e incluso ahondarse a medida que los principios de justicia que se postulan cobrasen forma concreta en las instituciones básicas de la sociedad. Pero, según yo lo veo, esta correspondencia entre teoría postmetafísica de la justicia y su contexto americano de aparición no significa que Rawls «simplemente intente dar forma sistemática a los principios típicos y a ideas intuitivas de los liberales americanos»[30]. Richard Rorty supone a Rawls una «actitud integralmente historicista y antiuniversalista»[31]; Rawls no habría dado una explicación de en qué consiste el enjuiciamiento imparcial de las cuestiones práctico-morales, articulada en forma de una racionalidad procedimental, sino una «descripción histórico-sociológica» de las intuiciones americanas contemporáneas en lo tocante a justicia.

Este intento de Rorty de llevar el agua a su molino en términos contextualistas no resulta plausible porque una meta tan modesta en lo tocante a explicación está lejos de aclarar a qué viene el considerable aparato que Rawls despliega en su teoría en lo que a argumentación se refiere. Rorty funde esos dos niveles argumentativos que Rawls distingue, y confunde el sentido reconstructivo que el «equilibrio reflexivo» tiene en el contexto de justificación, con el sentido de aclaración existencial o autocomprensión ética que la teoría de la justicia adopta cuando se la destina a aclarar su contexto de nacimiento. Si de *antemano* esa teoría estuviese planteada como la autorreflexión de un proceso de formación y sólo tuviese por fin traer a concepto y traducir a conceptos *determinadas* tradiciones políticas en las que puedan reconocerse los liberales que han crecido en ellas, perdería su gracia ese segundo paso, es decir, el paso de un autocercioramiento reflexivo de las condiciones de aceptabilidad, que va más allá de la fundamentación teorética. Pues entonces Rawls hubiese evitado ciertamente desde el principio esa sima iusnaturalista que se da entre teoría normativa y praxis reformista, si bien al precio de renunciar a la pretensión de que *Una teoría de la justicia* tenga una validez teorética general. Rawls tendría que admitir entonces que ambos principios de justicia no pueden pretender validez alguna para los alemanes porque en la cultura e historia alemanas no pueden encontrarse equivalentes de la tradición constitucional americana, que deban considerarse efectivos en lo que a formación y a educación políticas se refiere[32]. En Rawls no veo ningún indicio de que estuviese dispuesto a admitir tal cosa. Pues la ausencia de una cultura política favorable (cultura que mientras tanto se ha creado ya también en Alemania) no puede contar como una falsación de principios de justicia que deben considerarse válidos conforme al juicio bien meditado de las partes en la posición original. Este juicio imparcial pueden seguirlo y entenderlo todos, también aquellos que no figuran entre los afortunados herederos de Jefferson. Los presupuestos de comunicación bajo los que esas partes toman sus acuerdos, clarifican un punto de vista moral que no es privilegio de una determinada cultura, sino que está anclado más profundamente y, por cierto, en última instancia en las simetrías anejas al reconocimiento recíproco de sujetos que actúan comunicativamente. Y porque estas condiciones abstractas que hacen posible el enjuiciamiento imparcial de cuestiones prácticas no coinciden con las condiciones bajo las que estamos dispuestos a actuar conforme a convicciones morales, Rawls busca en apoyo de esas condiciones abstractas la fuerza motivacional de una cultura política favorable, y la encuentra en el lugar privilegiado que representa una tradición constitucional continua, que tiene más de dos siglos de existencia, que se ha visto desafiada una y otra vez por conflictos de clase y conflictos raciales, pero que constantemente se ha visto renovada y revitalizada por interpretaciones radicales. Si se toma esto literalmente, la fuerza de convicción *política* de la teoría queda, ciertamente, reducida a algunos pocos contextos, capaces de resonancia.

Esta consecuencia es la que lleva a Ronald Dworkin a buscar para la teoría una inserción algo menos contingente. Dworkin no quisiera hacer depender en ningún caso la eficacia de los principios liberales de potenciales latentes que pudiésemos despertar en tradiciones con que afortunadamente nos encontrásemos ahí. En sus últimos escritos, Dworkin viene exigiendo, pues, a la teoría no sólo la carga de fundamentar principios de justicia abstractos que, por así decir, se queden en el aire, sino que le exige también la tarea de fundar esos principios en formas de vida. Se vuelve contra la desco-

29. J. Rawls, «Justice as Fairness: Political not Metaphysical»: *Philosophy and Public Affairs*, t. 14 (1985), p. 231.

30. R. Rorty, «The Priority of Democracy to Philosophy», en A. Malachowski (ed.), *Reading Rorty*, Oxford, 1990, p. 284; cf. sobre ese punto la discusión entre R. Bernstein y R. Rorty, en *Political Theory*, t. 15 (1987), pp. 538-580.

31. R. Rorty, *Solidarität oder Objektivität*, Stuttgart, 1988, p. 91.

32. Cf. la crítica que K.-O. Apel hace de la posición de Rorty: «Zurück zur Normalität?», en Id., *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt a. M., 1988, pp. 412 ss.

nexión que se produce entre el concepto posmetafísico de justicia de Rawls y los proyectos de una vida lograda, más comprehensivos, pero planteados en términos concretos, y, por tanto, dotados de la capacidad de motivar. En lugar del predominio deontológico de lo correcto o lo justo sobre lo bueno, Dworkin trata de desarrollar una *ética liberal* que, ciertamente, sea lo suficientemente formal como para ser compatible con el disentimiento que, razonablemente, cabe esperar acerca de las orientaciones preferidas de vida, pero que sea todavía lo bastante *sustancial* como para suministrar a los principios liberales abstractos un contexto de motivación. Esta teoría, en una sola pieza, por así decir, habría de insertar una concepción deontológica de la justicia en un contexto ético consonante: «Los filósofos liberales que... adoptan el punto de vista restrictivo de que el liberalismo es una teoría de lo correcto o justo, pero no de lo bueno, se enfrentan al problema de explicar qué razones podría tener la gente para ser liberal...: tratan de encontrar motivos que, bien en la dimensión del autointerés, bien en la dimensión de la moralidad, la gente tendría para dejar de lado sus convicciones sobre la vida buena cuando actúan políticamente. Sostengo que los liberales deberían rechazar este restringido punto de vista de sus teorías. Por el contrario, deberían conectar ética y política construyendo un punto de vista acerca de la naturaleza o carácter de la vida buena que haga que la moralidad política liberal guarde una relación de continuidad más que de discontinuidad con puntos de vista filosóficos sobre la vida buena, que resulten atractivos»[33].

Pero en el propio proyecto de Dworkin muéstrase el dilema en el que hoy, en condiciones de pensamiento postmetafísico, se ve enredada toda teoría de la vida buena que pretenda una validez general. Pues mientras haga enunciados sustanciales, sus premisas permanecerán ligadas al contexto de nacimiento que para ella representan determinadas interpretaciones históricas, o incluso personales, de uno mismo y del mundo; pero en cuanto se convierte en lo suficiente-

33. R. Dworkin, *Foundations of Liberal Equality*, en *The Tanner Lectures on Human Values*, t. VIII, 1990, pp. 2 s. En lo que respecta a la concepción posmetafísica que Rawls tiene de la justicia, Dworkin añade lo siguiente: «Una concepción política de la justicia construida para ser independiente de, y neutral entre, las diferentes posiciones éticas que tienen los miembros de la comunidad, es quizá más probable que resulte aceptable para cada uno de los miembros de esa comunidad que cualquier otra concepción que no sea neutral en esos términos. Si fuésemos políticos preocupados por asegurar el acuerdo más amplio posible para alguna teoría política que pudiese entonces servir de base para un gobierno verdadera y ampliamente consensual, podríamos muy bien convertirnos en defensores de esa teoría política por esa sola razón... Pero de una teoría de la justicia necesitamos más que una promesa consensual; necesitamos que tenga fuerza categórica. Los liberales insisten en que las decisiones políticas se tomen sobre la base de principios liberales, y ello precisamente ahora, incluso antes de que tales principios sean aceptados por todo el mundo si es que alguna vez lo son» (*ibid.*, p. 17). Cf. también R. Dworkin, «Liberal Community»: *Calif. Law Rev.* 77 (1989), pp. 479-589; sobre este punto, pp. 561 ss.

mente formal, su sustancia sólo puede consistir ya en explicar el procedimiento a que han de atenerse los discursos en que se trate de una autocomprensión ética. Sobre esto no necesito entrar en este lugar[34].

La debilidad de la tentativa de Rawls de salvar la sima que se abre entre las exigencias ideales de la teoría y la facticidad social, radica en un plano en el que no puede ser eliminada mediante una teoría *ética*, es decir, mediante una teoría de la vida buena. Pues la resistente realidad con la que trata de conciliarse el razonamiento normativo, no tiene sólo como ingrediente, ni siquiera en primera línea, el pluralismo de ideales de vida y orientaciones valorativas que compiten unos con otros, sino que está formada por la materia, algo más dura, que representan las instituciones y los sistemas de acción.

En el primer nivel de la construcción de la teoría Rawls se ocupa también de cuestiones relativas a la institucionalización en términos de Estado de derecho de los principios de justicia que primero se han fundamentado en abstracto. Tampoco desconoce Rawls el aspecto de sanción estatal bajo el que el derecho coercitivo —a diferencia de la moral, la cual sólo puede apelar al sentido de la justicia— queda asociado de forma externa con el comportamiento de sus destinatarios. Pero la relación entre derecho positivo y justicia política permanece sin aclarar. Rawls se concentra en cuestiones concernientes a la legitimidad del derecho, sin tematizar la forma jurídica como tal, ni, por tanto, la *dimensión institucional* del derecho. No llega a verse lo específico de la validez jurídica, a saber, la tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez. De ahí que tampoco se perciba sin distorsiones y recortes la tensión externa entre pretensión de legitimidad del derecho y facticidad social. La realidad que se opone a la norma se reduce en el segundo nivel de reflexión, un nivel articulado reflexivamente, a las condiciones culturales de la aceptación de la teoría de la justicia. Rawls medita acerca de lo plausible que puedan resultar los principios de justicia sobre el trasfondo de las tradiciones políticas y en el *contexto cultural* de la comunicación pública de una sociedad pluralista contemporánea. Pero no se refiere a los procesos de decisión efectivamente institucionalizados y a las tendencias evolutivas sociales y políticas, que pueden discurrir en sentido contrario a los principios del Estado de derecho y ofrecer a las instituciones de la sociedad bien ordenada una imagen más bien sarcástica de sí.

La concepción «política» de la justicia de Rawls da respuesta a un problema que Hegel había tratado bajo el rótulo de la relación entre moral y eticidad. Para el derecho natural racional el problema

34. Cf. J. Habermas, «Zum pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft», en Id., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 100-118.

de la relación entre norma y realidad había empezado planteándose en un plano distinto. El derecho natural racional había partido de la diferencia entre moral y derecho y había tenido en cuenta la tensión entre facticidad y validez, que el derecho positivo mismo lleva en su seno. En este sentido, el derecho natural racional tenía de por sí una actitud más realista que una teoría de la justicia articulada en términos morales. Se sabía confrontado con la realidad del proceso político, por así decir, a todo lo largo y ancho de éste. Si Rawls quisiese dar cobro a *tal* planteamiento, no habría de contentarse en el segundo nivel de su argumentación con una reflexión sobre las condiciones de una cultura política favorable, tendría que entrar en una reconstrucción normativamente inspirada de la evolución histórica del Estado de derecho y de su *base social*.

Esta compleja tarea exige un horizonte empírico, que vaya más allá de un asegurarse de determinados contextos político-culturales en términos de historia de las ideas. Pero a tal fin son también insuficientes los planteamientos de teoría de la sociedad que hemos revisado hasta aquí, los cuales, desde la perspectiva del observador, se limitan a horadar en términos desenmascaradores la autocomprensión normativa del sistema jurídico. Sólo cuando un análisis del derecho, planteado en términos de ciencia social, vincule el planteamiento externo con una reconstrucción planteada en términos internos, la teoría normativa no necesitará ya buscar *sin mediaciones* una conexión con la realidad a través de la conciencia política de un público de ciudadanos. Una teoría normativa utilizada con la finalidad de proceder a una reconstrucción del desarrollo del Estado de derecho de sociedades concretas podría entonces recibir su lugar en el contexto de una descripción crítica del proceso político en conjunto, con que nos encontrásemos en cada caso. Para esta doble perspectiva de un análisis[35] cortado por igual a la medida de una reconstrucción y un desencantamiento del sistema jurídico, cabe encontrar interesantes puntos de apoyo en la teoría clásica de la sociedad que va desde Durkheim y Max Weber hasta Parsons.

III

El discurso filosófico acerca de la justicia yerra esa dimensión institucional a la que se endereza de antemano el discurso de las ciencias sociales acerca del derecho. Si no se mira el derecho como sistema empírico de acción, los conceptos filosóficos permanecen vacíos. Pero en cuanto la sociología del derecho se empecina en una mirada exclusivamente objetivante, ejercitada desde fuera, y se torna insensible al sentido de la dimensión simbólica, el cual sólo resulta accesible desde dentro, la visión sociológica cae a su vez en el peligro de permanecer ciega. Contra este peligro se han pertrechado en particular planteamientos inspirados por el neokantismo, los cuales operan con la idea de que en los órdenes sociales se compenetran ideas e intereses (Max Weber) o valores culturales y motivos (Parsons). Estos autores entienden la acción institucionalizada como una realización selectiva de valores culturalmente reconocidos bajo restricciones típicas que la situación impone. Los órdenes sociales prestan realidad a las expectativas normativas de comportamiento por vía de especificar valores sobre los que versa la expectativa de comportamiento en lo que se refiere a su aplicación concreta y por vía de integrar esos valores con las constelaciones dadas de intereses. Max Weber se dejó guiar por una antropología dualista conforme a la cual los sujetos agentes se ven confrontados con problemas de penuria interna y de penuria externa, y, por tanto, apetecen tanto bienes ideales como bienes materiales. También T. Parsons parte de orientaciones valorativas y de necesidades materiales, que han de estar concertadas unas con otras. Y con independencia de tales supuestos relativos a teoría de la personalidad, a partir del problema formal de coordinación de la acción cabe desarrollar un concepto similar de institución.

Un actor tiene abiertas en cada situación más posibilidades de las que puede realizar. Pues bien, si cada participante en la interacción, basándose en sus propias expectativas de éxito eligiese en cada caso una alternativa del ámbito de sus opciones posibles, el choque o encuentro casual de las diversas elecciones independientes tendría que dar lugar a un conflicto permanente, que tampoco podría estabilizarse y solventarse por vía de que los implicados, con las expectativas que cada uno espera conciba el otro, adoptasen unos frente a otros una actitud reflexiva, para tomar cada uno su propia decisión en espera (o teniendo en cuenta) la decisión que, según prevé, van a tomar los demás actores. Del contingente entrechocar de distintas constelaciones esperadas de intereses y de cálculos esperados de intereses no surge todavía un orden social. Para explicar la formación y estabilidad de patrones de comportamientos Durkheim recurre a un consenso valorativo en el que de antemano se está, y postula la orientación de los participantes por valores intersubjetivamente reconocidos. Pero entonces hay que explicar cómo los actores, que son libres en sus decisiones, se *ligan* a normas, es decir, se *dejan obligar* por normas para la realización de valores correspondientes (a esas normas). La coerción de las pretensiones normativas, por leve que esa coerción sea, los actores sólo dejarán de percibirla como una violencia con que se les agrede desde fuera si los actores han hecho suya esa coerción como coerción moral, es decir, si la han transformado

35. Cf. B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1993, pp. 35 ss.

en motivos propios. Durkheim se esfuerza por una traducción sociológica de esa autonomía kantiana, conforme a la que la vinculación a órdenes suprapersonales queda fundada en la propia *insight* de uno y que, por tanto, representa algo distinto que una mera libertad de arbitrio. Esa autonomía exige una relación simétrica entre la autoridad moral de las normas vigentes y los autocontroles anclados en las estructuras de la personalidad. A los valores institucionalizados deben corresponderles, como dice Parsons, valores internalizados. Los destinatarios de las normas sólo pueden ser suficientemente motivados a una observancia general de las normas si han internalizado los valores encarnados en esas normas.

Ciertamente, la internalización, que presta a las orientaciones valorativas de los agentes una base motivacional, no es por lo general un proceso libre de represión; pero sí que *resulta* en una autoridad de la conciencia moral, la cual lleva aneja para el individuo la conciencia de *autonomía*; sólo en esta conciencia de autonomía encuentra el peculiar carácter obligatorio de los órdenes sociales «vigentes» un destinatario que se deje «ligar» o «vincular» por propia iniciativa.

A todo ello responde la concepción de Max Weber de que los órdenes sociales sólo pueden cobrar durabilidad como órdenes legítimos. La «validez de un orden tiene que significar para nosotros algo más que la regularidad del decurso de una acción social, condicionada por la costumbre o por una constelación de intereses»[36], entendiéndose por «uso» o «costumbre» algo basado en una habituación ciega, mientras que la «acción legítimamente ordenada» exige la orientación consciente por un acuerdo que se supone válido: «Por acuerdo entenderemos lo siguiente: que una acción orientada por expectativas relativas al comportamiento de otro tiene posibilidades empíricamente "válidas" de ver cumplidas esas expectativas porque se da objetivamente la probabilidad de que los otros, pese a la ausencia de un convenio, consideren en la práctica que esas expectativas tienen sentido y son "válidas" para su propio comportamiento... La parte de acción comunitaria que (y en la medida en que) discurre de una forma condicionada por la orientación por tales oportunidades de "acuerdo", la llamaremos "acción basada en acuerdos"»[37]. Ciertamente, Max Weber afirma en este lugar que los motivos por los que resulta expectable el comportamiento del otro, son indiferentes. Pero entre esos motivos ha de figurar por lo menos *también* la suposición justificada de que estamos en un «orden legítimo»; y éste reposa en un consenso valorativo en la medida en que las ideas o valores encarnados en él han de ser intersubjetivamente reconocidos: «A un contenido de sentido de una relación social sólo la llamaremos un "orden" cuando (por término medio o aproximativamente) la acción se orienta por máximas que pueden hacerse explícitas. Y sólo hablaremos de "validez" de ese orden cuando la efectiva orientación por esas máximas sucede *también* porque de algún modo (a fuer de vinculantes o ejemplares) son consideradas válidas para la acción. Un orden obedecido sólo por motivos racionales con arreglo a fines es, por lo general, más lábil que la orientación conforme a él que se produce sólo por virtud de la costumbre, o a consecuencia de una habituación a un comportamiento, que es con mucho la forma más frecuente de actitud interior. Pero es todavía más lábil que un orden que se presente con el prestigio de la ejemplaridad o la obligatoriedad morales, es decir, con el prestigio de la "*legitimidad*"»[38].

En la acción legítimamente ordenada, el acuerdo recíprocamente presupuesto se refiere a que «junto a otros motivos, el orden se presenta también, por lo menos a una parte de los agentes, como ejemplar o vinculante y, por tanto, como *debiendo* considerarse válido». Un orden legítimo, por otro lado, no descansa sólo en un acuerdo normativo, que venga intrapsíquicamente anclado por la internalización de los correspondientes motivos. En la medida en que su validez no venga fundada en la autoridad religiosa, o no tenga una fundación puramente moral, esto es, no se funde en una fe racional con arreglo a valores, y no venga, por tanto, protegido por las correspondientes sanciones internas (el miedo a perder bienes salvíficos, la conciencia de vergüenza y de culpa) y por la capacidad de autovinculación, ha menester de garantías externas. En estos casos la expectativa de legitimidad de un orden social, queda estabilizada por la convención y el derecho. Como es sabido, Weber habla de «convención» cuando la validez social viene garantizada externamente por «una desaprobación general con consecuencias prácticas» para el comportamiento desviante; de «derecho» habla Weber cuando una «instancia coercitiva» garantiza, amenazando con sanciones externas, que por término medio el comportamiento sea conforme a la norma. El acuerdo que puede suponerse en la acción legítimamente ordenada se modifica según el tipo de garantías internas y externas que se añaden a las razones de legitimidad. Se basa en una *aleación de razones y de motivos empíricos*, en la que las razones se distinguen según provengan de narraciones míticas, imágenes religiosas del mundo, doctrinas metafísicas, o tengan un origen profano y broten del uso pragmático-racional-con-arreglo-a-fines, del uso «ético», o del uso moral, respectivamente, de la razón práctica.

En esta mixta base de validez del acuerdo que asegura a un orden validez social y, por tanto, una observancia de hecho, suscepti-

36. M. Weber, *Economía y sociedad*, México, [10]1993, p. 25.

37. M. Weber, «Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie», en Id., *Methodologische Schriften*, Frankfurt a. M., 1968, pp. 196 s.

38. M. Weber, *Economía y sociedad*, pp. 25 ss.

ble de ser esperada por término medio, se refleja la ambivalente naturaleza de las instituciones. Los intereses sólo pueden ser satisfechos duraderamente mediante expectativas generalizadas de comportamiento si se unen con ideas que justifican a pretensiones de validez normativas; y las ideas a su vez sólo pueden imponerse empíricamente si se unen con intereses que les presten eficacia empírica. Metodológicamente, de ello se sigue la consecuencia de que los órdenes legítimos pueden analizarse tanto «desde arriba» como «desde abajo»; una sociología que proceda en términos reconstructivos ha de hacer justicia a ambas perspectivas. De esta forma, el discurso sociológico acerca del derecho puede conectar también con el discurso filosófico acerca de la justicia y transcender a la vez los límites de éste.

El análisis reconstructivo, el cual ha de emprenderse desde la perspectiva del participante, del juez, o del ciudadano, se endereza a los contenidos de sentido plasmados en el substrato normativo, es decir, a esas ideas y valores, desde los que cabe aclarar la pretensión de legitimidad o validez ideal de un sistema jurídico (o de normas particulares). El análisis empírico, que ha de emprenderse desde la perspectiva de observador, se endereza al todo que forman fe en la legitimidad, constelaciones de intereses, sanciones y circunstancias, es decir, a la lógica de las situaciones de acción, a partir de las cuales cabe explicar la validez empírica, o vigencia, y la capacidad de imponerse fácticamente de las expectativas de comportamiento jurídicamente institucionalizadas. Max Weber hace una correspondiente distinción entre la *forma de consideración jurídica* y la *forma de consideración sociológica*, es decir, entre la perspectiva jurídica y la perspectiva sociológica. La primera perspectiva tiene que ver con el contenido objetivo de sentido de las normas y principios jurídicos, la segunda con la práctica regulada jurídicamente para la que «entre otras cosas desempeñan también un papel importante las ideas que los hombres tienen acerca del "sentido" y el "valor' de los principios y las normas jurídicas»[39].

Weber abre su sociología del derecho con esa distinción. La forma de consideración jurídica se pregunta «qué vale idealmente como derecho. Lo cual quiere decir: qué significado, y ello quiere a su vez decir: qué sentido normativo habría que atribuir de forma lógicamente correcta a una configuración lingüística que se presenta como norma jurídica. (La forma de consideración sociológica) se pregunta en cambio: qué es lo que de hecho ocurre dentro de una comunidad por darse en ella la posibilidad de que los implicados en una acción comunitaria... consideren determinados órdenes subjetivamente válidos y los traten prácticamente como tales, es decir, orienten su

39. M. Weber, «Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie», p. 181.

acción por ellos»[40]. Pero Weber, de forma sumaria, atribuye a la jurisprudencia el análisis conceptual reconstructivo; no distingue suficientemente entre dogmática jurídica, teoría del derecho y filosofía del derecho. La preterición de la filosofía del derecho puede, por lo demás, provenir de que Weber era un escéptico frente a los planteamientos cognitivistas en teoría moral (cuales son los que hoy representan Rawls o la teoría del discurso). La estrecha adscripción disciplinar de la reconstrucción de las condiciones de sentido y validez a la dogmática jurídica hace que la contraposición entre esas dos perspectivas metodológicas aparezca con más fuerza que su conexión, conexión que Weber, por lo menos, implica o supone. Su propia forma de proceder en sociología del derecho, Weber hubiera debido entenderla, por tanto, en términos inclusivos. Las condiciones de validez ideal que se suponen en la fe en la legitimidad, constituyen condiciones necesarias, aunque no suficientes, de la validez social de un orden jurídico. Pues los órdenes jurídicos son «órdenes legítimos» que, ciertamente, no articulan sin discontinuidades ideas e intereses, pero que, a través de una interpretación de los intereses por las ideas, prestan también a las razones y a las pretensiones de validez eficacia fáctica.

En los trabajos materiales de Weber sobre historia del derecho y tipos de derecho, los análisis reconstructivos ocupan un lugar destacado. En la línea de los trabajos de Klaus Eder[41], Rainer Döbert y míos, Wolfgang Schluchter ha desarrollado la tentativa de elaborar en detalle los aspectos internos de la evolución del derecho analizada por Weber. Junto a una progresiva diferenciación en los ámbitos objetivos del derecho o materias jurídicas, Weber persigue la racionalización del derecho desde el doble punto de vista de la configuración generalizadora y sistematizadora que reciben los programas jurídicos y las vías o procedimientos jurídicos, por un lado, y del cambio de los fundamentos cognitivos de la validez del derecho, por otro. La variación o cambio del nivel de fundamentación de las decisiones jurídicas la reconstruye Schluchter conforme al modelo de aquellas etapas evolutivas de la conciencia moral que L. Kohlberg, partiendo de las investigaciones de J. Piaget, demostró para la ontogénesis[42]. Schluchter resume del siguiente modo el análisis efectuado desde puntos de vista inmanentes al derecho: «Punto de partida fueron las distinciones de Weber en derecho revelado, derecho tradicional, derecho inferido y derecho positivo o estatuido, por un lado, y en racionalización formal y material del derecho, por otro.

40. M. Weber, *Rechtssoziologie* (ed. por J. Winckelmann), Neuwied, 1960, p. 53.

41. K. Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1976; Id., *Geschichte als Lernprozeß?*, Frankfurt a. M., 1985.

42. L. Kohlberg, *Filosofía del desarrollo moral*, Bilbao, 1992.

La tesis era que Weber había distinguido entre un lado formal y un lado material del derecho y había discutido la racionalización del derecho desde ambos puntos de vista, aunque sin concederles igual peso. Tiene que haber, por tanto, una racionalización de las vías o procedimientos jurídicos, así como una racionalización de la base jurídica, que desde un punto de vista histórico-empírico guardan relación entre sí, pero que hay que distinguir analíticamente. Mientras que la vía o procedimiento jurídico se logifica, la base de validez del derecho se vuelve abstracta y universal. Al mismo tiempo, de principios transcendentes al derecho, esa base pasa a asentarse sobre principios inmanentes al derecho, es decir, se seculariza»[43].

En nuestro contexto me importa sólo subrayar el punto de vista metodológico de que la sociología del derecho se ve remitida también a una exigente reconstrucción de las condiciones de validez de ese «estar de acuerdo sobre la legalidad» que se presupone en los sistemas jurídicos modernos. Pues desde esta perspectiva muéstrase que la positivación del derecho y, por tanto, la diferenciación entre derecho y moral, que la acompaña, es resultado de un proceso de racionalización que, ciertamente, destruye las garantías metasociales del orden jurídico, pero que en modo alguno hace desaparecer el momento de incondicionalidad (de no-instrumentalizabilidad) contenido en la pretensión de legitimidad del derecho. El desencantamiento de las imágenes religiosas del mundo no tiene solamente la consecuencia destructiva de enterrar el «doble reino» que representan el derecho sacro y el derecho profano y, junto con ese «doble reino», la correspondiente *hierarchia legum*; también conduce a una reorganización de la validez jurídica al asentar los conceptos básicos de la moral y del derecho, de forma *simultánea* para ambos, sobre un nivel postconvencional de fundamentación. Con la distinción entre normas de acción y principios de acción, con el concepto de una generación de normas regida por principios y de acuerdo voluntario sobre reglas normativamente vinculantes, con la idea de que las personas jurídicas en el ejercicio de su autonomía privada, tienen capacidad de producir derecho, etc., se desarrolló la idea de normas positivamente puestas, es decir, cambiables, y a la vez susceptibles de crítica y necesitadas de justificación. Luhmann condensa la idea de positividad del derecho en la siguiente fórmula, cuyo alcance es un tanto corto: «que el derecho no sólo se establece (es decir, se selecciona o elige) mediante decisión, sino que también es *válido* en virtud de decisión (es decir, de forma contingente y cambiable)»[44]. Pero de hecho la positividad del derecho postmetafísico significa también que los órdenes jurídicos sólo pueden ya construirse y desarrollarse a la luz de principios racionalmente justificados y, por tanto, universalistas.

43. W. Schluchter, *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, Tübingen, 1979, p. 148; cf. también los *Beiträge zur Werttheorie* de Schluchter, en Id., *Religion und Lebensführung* I, Frankfurt a. M., 1988, pp. 165 ss. Sobre la crítica de Schluchter a la «ética del discurso», cf. mis observaciones en J. Habermas, *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, 1990, pp. 188 s.

Max Weber tiene en cuenta en el plano de la teoría de la acción esta *conexión interna entre el principio de positivación y el principio de fundamentación* cuando, para analizar la acción regulada jurídicamente —la acción societaria a diferencia de la acción comunitaria— recurre al modelo de la asociación creada para un determinado fin, que descansa sobre unos estatutos racionalmente acordados. Pues en este caso se supone un acuerdo acerca de la legalidad o un estar de acuerdo acerca de la legalidad, que de forma típico-ideal une en sí los dos momentos siguientes: los estatutos de la asociación valen porque, por un lado, se han *establecido positivamente* de acuerdo con el derecho de asociaciones vigente y, por otro, han sido *acordados racionalmente*. La específica racionalidad de tal acuerdo estatutario reside en que los miembros sólo se someten a la coerción de reglas estatalmente sancionadas, en virtud de un acuerdo fundado. Pero Weber es de la idea de que los órdenes legales pueden valer como legítimos, no sólo en virtud de la suposición de tal acuerdo alcanzado normativamente, sino también «en virtud de una imposición basada en un dominio, tenido por legítimo, del hombre sobre el hombre, y de la correspondiente obediencia»[45]. Pero esta alternativa sigue necesitando explicación, pues la dominación legal sólo puede considerarse a su vez legítima en virtud de su forma jurídica.

La paradójica base de validez de la «dominación legal» puede que no sólo provenga de un empleo no claro por parte de Weber del concepto de racionalidad[46], sino también del tratamiento peculiarmente restrictivo que Weber hace del derecho moderno dentro de los límites de su sociología de la dominación. Aun cuando Weber explica la racionalización del derecho recurriendo a sus aspectos internos y tiene en sus manos los medios analíticos para reconstruir los fundamentos de validez del derecho moderno, éstos quedan siempre bajo la sombra (con el consiguiente escepticismo en lo tocante a valores) de las *funciones* que ese derecho cumple *para* la organización articulada en términos de jerarquía de competencias, y para el ejercicio de la dominación legal. Los tipos de derecho sirven en general a Weber como hilos conductores para el análisis de los tipos de dominación legítima; y en tal análisis el derecho moderno queda puesto hasta tal punto en conexión funcional con la dominación burocrática del «instituto racional» que representa el Estado, que la *específica función*

44. N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Köln, 1983, p. 210.
45. M. Weber, *Economía y sociedad*, p. 29.
46. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa* I, Madrid, 1987, pp. 339 ss.

sociointegrativa del derecho ya no recibe la atención que merece. Según Weber el Estado de derecho recibe en último término su legitimación, no de la forma democrática de la formación de la voluntad política, sino sólo de premisas relativas al ejercicio legal del poder político, a saber, de la estructura abstracta de reglas que caracteriza al sistema de leyes, de la autonomía de la administración de justicia, así como de la vinculación de la administración a la ley y de la estructuración «racional» de la administración (con la continuidad y tramitación por escrito de los asuntos oficiales, la organización de la autoridad conforme a un sistema de competencias, la jerarquía de cargos, la formación especializada de los funcionarios, la separación entre cargo y persona, la separación entre personal y medios de la administración, etc.). De Weber se obtiene una imagen específicamente alemana del Estado de derecho, a la que se ajusta también el tipo de dominación que ejercen las élites que son los partidos políticos.

Una imagen distinta es la que resulta si, como hace Parsons, se entiende el Estado constitucional moderno desde la perspectiva de una juridificación del poder político que se efectúa bajo las restricciones estructurales de los fundamentos racionales de validez del derecho moderno y que ayuda a dar forma y a implantarse a ese modo democrático de legitimación que viene anclado en la sociedad civil, en el espacio público-político y en el *status* de ciudadano. El ámbito nuclear a partir del que se habría desarrollado todo sistema social diferenciado, Parsons lo llama *societal community*. Ésta comprende todos los ámbitos de acción especializados en tareas de integración; por una parte, prácticas simbólicas que (como los ritos, el culto religioso, las ceremonias nacionales, etc.) aseguran la solidaridad social; por otro, instituciones de segundo orden que (como la moral y el derecho) regulan conflictos típicos de acción, es decir, entran en funcionamiento cuando se presentan casos de perturbación que ponen en peligro la estabilidad de las expectativas de comportamiento institucionalizadas en el primer nivel. Moral y derecho representan algo así como garantías para el caso de fallo de las operaciones sociointegradoras de todos los demás órdenes institucionales. Ya en las sociedades tribales, con las prácticas jurídicas arcaicas, como son el arbitraje, los oráculos, los desafíos, las venganzas de sangre, etc., se desarrolla tal clase de estructura normativa autorreferencial[47]. El derecho es un orden legítimo que se ha vuelto él mismo reflexivo en lo tocante al proceso de institucionalización. Como tal constituye el núcleo de una *societal community* que por su parte constituye la estructura nuclear de la sociedad en general.

A diferencia de Weber, Parsons persigue la evolución social del

47. Cf. U. Wesel, *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1985.

derecho bajo el aspecto de la función que le es específica, a saber, el aseguramiento de la solidaridad social, y no sólo bajo el aspecto de la contribución que el derecho hace a la formación de la dominación política. En las sociedades anteriores a las grandes culturas el derecho está todavía entrelazado con otros complejos de tipo normativo; permanece difuso. Un derecho parcialmente autónomo sólo se constituye con el tránsito de las sociedades tribales a las culturas superiores. Este paso evolutivo viene caracterizado por una forma de organización estatal, en la que el derecho y el poder político forman una curiosa síntesis. El Estado posibilita, por un lado, la institucionalización de procedimientos de administración de justicia y de imposición del derecho que anteceden a, y quedan por encima de, las partes en litigio; por otro lado, el Estado sólo se constituye en forma de una jerarquía de cargos, articulada en términos de derecho, y se legitima a la vez a través de la forma jurídica del ejercicio administrativo de la dominación. Así, derecho sancionado estatalmente y poder político articulado en forma de derecho se exigen mutuamente. Y es en este nivel donde se forman los elementos que conocemos del sistema jurídico: normas jurídicas o programas de decisión que están referidos a futuros casos *posibles* y que aseguran *ex ante* pretensiones y derechos; normas jurídicas secundarias que posibilitan la fijación y cambio de las normas primarias de comportamiento; una organización de la administración de justicia que transforma las pretensiones jurídicas o títulos jurídicos que asisten al individuo en posibilidades de ejercer una acción jurídica; una ejecución del derecho, en la que se basa la posibilidad de amenazar con sanciones, etc.

Y porque este derecho estatal es el primero que empieza ofreciendo los rasgos de un sistema jurídico, la decisión que, en lo tocante a estrategia de la teoría, toma Weber de entender el derecho como parte del sistema político, tiene una cierta plausibilidad. Menos plausible es el paso ulterior de Luhmann de desmembrar de nuevo de la política el derecho diferenciado en la Modernidad y de convertirlo y autonomizarlo en un subsistema propio junto a la administración, la economía, la familia, etc. Una perspectiva distinta es la que adopta Parsons que, al igual que Durkheim, ve ligada la evolución del derecho a la evolución de la *societal community*. En las sociedades modernas ésta última se desarrolla hasta el punto de convertirse en una «sociedad civil», que incluso se desliga de su trabazón (que el concepto de «sociedad civil» de Hegel todavía supone) con el tráfico económico capitalista. De la forma precursora que representa la *societal community* la *civil society* hereda el papel de un lugarteniente de la integración social de la sociedad en conjunto.

Los aspectos internos del tránsito desde el derecho tradicional a la fundamentación racional y a la positividad, los trata Parsons más

bien de pasada bajo el título de generalización de los valores y de «inclusión»; al universalismo moral de los fundamentos de validez del derecho moderno responde la progresiva inclusión de todos los miembros de la sociedad en la asociación de las personas jurídicas libres e iguales. Parsons tematiza la evolución del derecho sobre todo bajo aspectos externos. La primera Modernidad está dominada por el proceso formador de estructuras que representa la diferenciación del sistema económico regido y controlado a través del medio dinero respecto del orden de la dominación política, el cual toma a su vez la forma de un sistema regido a través del poder administrativo. Estas dos formaciones de subsistemas significan a la vez un desgajamiento de la sociedad civil respecto de la economía y del Estado. Las formas tradicionales de comunidad se modernizan formando una sociedad civil que bajo el signo del pluralismo religioso gana incluso distancia respecto de los sistemas culturales de acción. Con estos procesos de diferenciación surge un nuevo tipo de necesidad de integración al que el derecho, que se ha vuelto positivo, reacciona por tres vías[48]. Los medios de regulación o control que son el dinero y el poder administrativo quedan anclados en el mundo de la vida a través de la institucionalización jurídica de mercados y de organizaciones burocráticas. Simultáneamente, contextos de integración, en los que los conflictos que se presentaban podían ser solucionados hasta ahora en términos «éticos», es decir, sobre la base de la costumbre, la lealtad o la confianza, son objeto de juridificación, es decir, se los reorganiza en términos formales de suerte que los implicados en el caso de conflicto puedan apelar a títulos jurídicos. Y el necesario complemento a la juridificación de potencialmente todas las relaciones sociales lo constituye la universalización de un *status* de ciudadano, institucionalizado en términos de derecho público. El núcleo de este papel de ciudadano lo constituyen derechos de participación política que se tornan efectivos en las nuevas formas de tráfico de la sociedad civil, esto es, en una red de asociaciones voluntarias, protegida en términos de derechos fundamentales, así como en las formas de comunicación de un espacio público-político establecido mediante los medios de comunicación de masas.

Como la positivación del derecho se sigue obligatoriamente de la racionalización de sus bases de legitimación, el derecho moderno sólo puede estabilizar en sus expectativas de comportamiento una sociedad compleja con mundos de la vida estructuralmente diferenciados y subsistemas funcionalmente autonomizados, si como lugarteniente de una *societal community*, que por su parte se ha transformado convirtiéndose en «sociedad civil», puede conservar en la nueva forma abstracta de una pretensión creíble de legitimidad la pretensión de

48. T. Parsons, *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, 1971.

solidaridad heredada. Esta promesa la cumplen los sistemas jurídicos modernos mediante una generalización y concretización del papel de ciudadano: «Una comunidad societal en cuanto compuesta básicamente de iguales parece ser el "final de la línea" en el largo proceso de socavación de la legitimidad de tales viejas bases adscriptivas de pertenencia, más particularistas, como eran la religión, la pertenencia étnica, la región o localidad, y la posición hereditaria en la estratificación social... Este tema básico de la igualdad tiene largos antecedentes, pero donde primero cristalizó fue en las concepciones de los "derechos naturales"... La actual importancia de los problemas de pobreza y de los problemas raciales en Estados Unidos se debe en buena medida a la profunda repugnancia moral que la concepción de una clase inherentemente "inferior", para no hablar ya de una raza inferior, provoca en las sociedades modernas, a pesar de las vociferantes objeciones que ciertos grupos hacen al igualitarismo moderno»[49]. En conexión con la formación de una sociedad civil como base para los procesos inclusivos y públicos de formación de la opinión pública y de la voluntad común de miembros de una comunidad jurídica libremente asociados, Parsons subraya finalmente la importancia de la igualitarización de las oportunidades educativas y de formación y en general de la desconexión del saber cultural respecto de las estructuras de clase: «El foco de la nueva fase es la revolución educativa que en un cierto sentido sintetiza los temas de la revolución industrial y de la revolución democrática: igualdad de oportunidades e igualdad de ciudadanía»[50]. Con esta concepción de la revolución educativa toca también Parsons esas condiciones político-culturales de un espacio público político, capaz de la necesaria resonancia, por las que Rawls se interesa también con razón en la medida en que los criterios valorativos de los procesos de legitimación articulados en términos de Estado de derecho dependerán tanto más de los procesos de comunicación pública no-organizados, cuanto mayor sea el grado en que la pretensión de legitimación de los sistemas jurídicos modernos quede efectivamente desempeñada en términos de una igualdad ciudadana efectivamente puesta en práctica.

49. *Ibid.*, pp. 118 s.

50. *Ibid.*, p. 97. Ya para Durkheim esta conexión se había vuelto importante porque entendía la democracia como «forma de gobierno de la reflexión» y la caracterizaba como el régimen en el que «entre los ciudadanos y el Estado se da una constante comunicación» (É. Durkheim, *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del derecho*, Buenos Aires, 1974, pp. 123 ss.). El estado de madurez de la democracia se mide por el nivel de esta comunicación pública: «Desde esta perspectiva la democracia nos aparece como aquella constitución política en la que la sociedad alcanza la más pura conciencia de sí misma. Un pueblo es tanto más democrático cuanto mayor es el papel que desempeñan el razonamiento, la reflexión y el espíritu crítico en la regulación de los asuntos públicos. Y a la inversa, es tanto menos democrático cuanto mayor es el peso de lo inconsciente y de los usos no confesados, es decir, de los prejuicios que se substraen a cualquier crítica» (*ibid.*).

Parsons entiende el derecho moderno como correa de transmisión a través de la que la solidaridad, es decir, las exigentes estructuras de reconocimiento recíproco, que conocemos por nuestra vida concreta, pueden transferirse, de forma abstracta, pero vinculante, a las relaciones de una sociedad compleja, que se han vuelto anónimas y que vienen mediadas por los subsistemas funcionales. Como referencia empírica le sirve esa expansión de los derechos ciudadanos que T. H. Marshall estudió recurriendo al ejemplo de Inglaterra[51]. La división propuesta por Marshall en derechos «civiles», derechos «políticos» y derechos «sociales», se atiene a una conocida clasificación jurídica. Según ella, los derechos liberales de protección o defensa defienden al sujeto jurídico privado contra las intervenciones ilegales del Estado en su vida, su libertad y su propiedad. Los derechos de participación política permiten al ciudadano activo una participación en el proceso democrático de formación de la opinión y de la voluntad política; y los derechos de «participación social» garantizan al cliente del Estado benefactor unos ingresos mínimos y seguridad social. Marshall sostiene la tesis de que en esta secuencia el *status* de ciudadano de las sociedades occidentales se ha visto sucesivamente ampliado y reforzado durante los dos o tres últimos siglos.

Este concepto de ciudadanía ha recibido nueva atención en discusiones recientes. Marshall había investigado la progresiva «inclusión» de los ciudadanos sobre todo en conexión con procesos de la modernización capitalista. Pero tal esquema, conforme al que la ampliación de los derechos ciudadanos se presenta como resultado de una evolución social, resulta, evidentemente, demasiado estrecho. Frente a eso, A. Giddens ha subrayado el papel de las luchas y de los movimientos sociales[52]. Pero resulta asimismo unilateral el centrarse en las luchas de clase económicamente motivadas. Pues también los movimientos sociales de otro tipo, sobre todo las migraciones y las guerras, han impulsado la ampliación del *status* de ciudadano en diversas dimensiones[53]. Factores que estimulan la juridificación de nuevas relaciones de inclusión, tienen también el efecto de provocar la movilización política de la ciudadanía y con ello una activación de los derechos ciudadanos ya existentes[54]. Finalmente la clasificación que Marshall hace de los derechos, no solamente ha sido ampliada con derechos culturales, sino también con nuevas clases de derechos ciudadanos, por los que hoy luchan especialmente los movimientos feministas y los movimientos ecológicos. Y con todo

51. T. H. Marshall, «Citizenship and Social Class», en Id., *Class, Citizenship and Social Development*, Westport, Conn., 1973.
52. A. Giddens, *Profiles and Critiques in Social Theory*, London, 1982, p. 171.
53. B. S. Turner, *Citizenship and Capitalism*, London, 1986.
54. M. Barbalet, *Citizenship*, Stratford, England, 1988.

ello se ha vuelto más visible una diferencia, que resulta más fácil de aprehender desde un tipo de consideración jurídica, planteada en términos internos, que desde un tipo de consideración sociológica.

En efecto, la evolución a grandes rasgos lineal que Marshall y Parsons asocian con su concepto de ciudadanía, sólo puede atribuirse a lo sumo a lo que los sociólogos, generalizando, llaman «inclusión». En una sociedad cada vez más diferenciada adquieren cada vez más personas derechos cada vez más amplios a acceder a, y a participar en, cada vez más subsistemas, ya se trate de mercados, negocios y puestos de trabajo, de cargos, tribunales y ejércitos permanentes, de escuelas, hospitales, teatros y museos, de asociaciones políticas y medios de comunicación pública, partidos, mecanismos de autoadministración, o parlamentos. Para el individuo se multiplican así sus relaciones de pertenencia a organizaciones, y se amplían sus espacios de opción individual. Pero esta imagen de un progreso lineal se debe a una descripción que permanece neutral frente a los incrementos de autonomía y las pérdidas de autonomía. Es ciega frente a la cuestión de la utilización efectiva de un *status* activo de ciudadano, a través del que el individuo puede ejercer una influencia democrática sobre el cambio de su propio *status* o situación[55]. Pues sólo los derechos de participación política fundan la posición jurídica de ciudadano, es decir, una posición jurídica reflexiva, referida a sí misma. Los derechos negativos de libertad y los derechos sociales pueden, en cambio, venir otorgados en términos paternalistas. Estado de derecho y Estado social son también en principio posibles sin democracia. Pues incluso en los casos en que están institucionalizadas las tres categorías de derechos, esos derechos de protección y esos derechos sociales tienen siempre una doble haz. Los derechos liberales que, considerando las cosas históricamente, cristalizaron en torno a la posición social de propietario privado, pueden entenderse desde puntos de vista *funcionales* como la institucionalización de un sistema económico regulado por el mercado, mientras que desde puntos de vista *normativos* garantizan determinadas libertades subjetivas privadas. Los derechos sociales significan desde puntos de vista *funcionales* la instalación de las burocracias del Estado benefactor, desde puntos de vista *normativos* garantizan títulos y pretensiones (de carácter compensatorio) concernientes a una participación justa en la riqueza social. Ciertamente, tanto las libertades subjetivas como tales derechos sociales pueden considerarse como base jurídica de esa autonomía social que es la que empieza haciendo efectiva la realización de los derechos políticos. Pero éstas son relaciones empíricas, no relaciones conceptualmente necesarias. Pues los derechos de libertad y

55. D. Held, «Citizenship and Autonomy», en Id., *Political Theory and the Modern State*, Oxford, 1989, pp. 214-242.

los derechos sociales pueden asimismo significar la cuasi-renuncia privatista a un papel de ciudadano, que se reduce entonces a relaciones de clientela con unas administraciones que otorgan sus prestaciones en términos paternalistas.

El síndrome del privatismo ciudadano, por un lado, y un ejercicio del papel de ciudadano, movido solamente por la constelación de intereses del cliente, resultan tanto más probables cuanto más la economía y el Estado, que vienen institucionalizados a través de los mismos derechos, desarrollan una lógica sistémica propia y empujan a los ciudadanos al papel periférico de simples miembros de la organización. Los sistemas que son la economía y la Administración tienen la tendencia a cerrarse contra sus propios entornos y sólo obedecer ya a los propios imperativos dimanantes del dinero y del poder administrativo. Hacen añicos el modelo de una comunidad jurídica que se autodeterminase a través de la práctica común de los ciudadanos mismos. La tensión entre una ampliación de la autonomía privada y ciudadana, por un lado, y la normalización foucaultiana que representa el goce pasivo de derechos paternalistamente otorgados, por otro, viene inscrita en el propio *status* de los ciudadanos de las democracias de masas, articuladas en términos de Estado social[56]. Una sociología que permanezca sensible a tensiones de este tipo, no puede renunciar, por tanto, a una reconstrucción racional de los derechos ciudadanos desde la perspectiva interna del sistema jurídico. Pues también Parsons nivela y neutraliza en los conceptos básicos de su propia teoría de sistemas lo que Max Weber reconstruyó como la racionalización del derecho. Parsons trata la «inclusión» y la «generalización de los valores» como dimensiones en las que el contenido normativo de la concepción sociointegrativa (integración social) del derecho, encarnada en el moderno Estado de derecho, desaparece tras los supuestos básicos, sólo en apariencia neutrales, acerca de los distintos niveles de «integración sistémica»[57].

Para prevenir tales nivelaciones o mutilaciones empezaré reconstruyendo en los dos capítulos siguientes el concepto de ciudadanía en su contenido normativo, analizando el sistema de los derechos y los principios del Estado de derecho desde puntos de vista de la teoría del discurso. Pero a tal fin busco evitar una ambigüedad difundida en las teorías filosóficas de la justicia, que viene sugerida por el uso que se hace de los términos «derecho» y «derechos». De «derechos» hablamos tanto en sentido moral como en sentido jurídico. En cambio,

56. F. Ewald, *L'État Providence*, Paris, 1986.

57. A la misma objeción se expone la teoría de Richard Münch que, partiendo de la de Parsons, opera con un concepto de interpenetración de los sistemas parciales, provisto de una importante carga normativa; cf. R. Münch, *Theorie des Handelns*, Frankfurt a. M., 1982; Id., *Die Kultur der Moderne* I-II, Frankfurt a. M., 1986.

yo distinguiré de antemano entre derecho y moral, sin contentarme, como hace Rawls, con la distinción entre justicia política y Moral, que se mueven ambas en el mismo plano de pretensiones de validez puramente normativas. Por «derecho» entiendo el derecho positivo moderno, que se presenta tanto con la pretensión de una fundamentación sistemática, como con la pretensión de interpretación vinculante e imposición coercitiva por los órganos competentes. El derecho no sólo representa, como la moral postconvencional, una forma de saber cultural, sino que constituye a la vez un importante componente del sistema de instituciones sociales. El derecho es ambas cosas a la vez: sistema de saber y sistema de acción. Puede entenderse como un texto de proposiciones e interpretaciones normativas, a la vez que como institución, es decir, como un complejo de regulaciones de la acción. Y como en el derecho como sistema de acción se entrelazan entre sí motivos y orientaciones valorativas, las proposiciones jurídicas tienen una inmediata eficacia práctica, de la que carecen los juicios morales. Por otro lado, las instituciones jurídicas se distinguen de los órdenes institucionales cuasi-naturales por su racionalidad comparablemente alta; pues en ellas se encarna un sistema de saber dogmáticamente elaborado, es decir, articulado, elevado a nivel científico y entrelazado con una moral regida por principios.

Con esta concepción del derecho el análisis filosófico se asegura tránsitos y mediaciones hacia un análisis empírico planteado en el sentido de la «doble perspectiva» señalada. Por otro lado, la renuncia a un planteamiento articulado en términos de teoría de sistemas, sea de proveniencia parsonsiana o luhmanniana, no tiene por qué suponer un retorno a una concepción holista de la sociedad. El «pueblo» o la «asociación de miembros libres e iguales de la comunidad jurídica», en tanto que construcciones del sistema jurídico, son en sí tan inevitables, como inadecuados como modelos de la sociedad en conjunto.

También el concepto de mundo de la vida articulado en términos de teoría de la comunicación rompe con el concepto de un todo compuesto de partes. El mundo de la vida está formado de una red de acciones comunicativas, ramificada en el espacio o espacios sociales y en el tiempo o tiempos históricos; y esas acciones se nutren de las fuentes que representan las tradiciones culturales y los órdenes legítimos, no menos de lo que dependen de las identidades de los individuos socializados. De ahí que el mundo de la vida no sea una organización en gran formato a la que pertenezcan miembros, no sea una asociación o liga en que los individuos hayan decidido unirse, no sea un colectivo que se componga de sus miembros. Los individuos socializados no podrían afirmarse en absoluto como sujetos si no encontrasen apoyo en las relaciones de reconocimiento recíproco, articuladas en tradiciones culturales y estabilizadas en órdenes legí-

timos, y a la inversa. La práctica comunicativa cotidiana, en la que el mundo de la vida está, ciertamente, centrado, surge cooriginalmente del juego e interacción de la reproducción cultural, la integración social y la socialización. Cultura, sociedad y personalidad se presuponen recíprocamente[58]. El concepto jurídico de orden jurídico como de una asociación de miembros de una comunidad jurídica, al que hasta hoy se atienen los discursos filosóficos, es demasiado concretista para la teoría de la sociedad.

Desde el punto de vista de la teoría de la acción comunicativa, el sistema de acción «Derecho», así podemos estipularlo, pertenece, como un orden legítimo que se ha vuelto reflexivo, a la componente social del mundo de la vida. Y así como ésta, a una con la cultura y con las estructuras de la personalidad, sólo se reproduce a través de la corriente de acción comunicativa, así también las acciones jurídicas constituyen el medio a través del cual se reproducen las instituciones jurídicas simultáneamente con las tradiciones jurídicas intersubjetivamente compartidas y las capacidades subjetivas de interpretación y observancia de las reglas jurídicas. Como parte de dicha componente social del mundo de la vida estas reglas jurídicas constituyen órdenes legítimos de nivel superior; pero simultáneamente, como simbolismo jurídico y como competencias adquiridas en el propio proceso de socialización en el contexto del derecho, están también representadas en las otras dos componentes del mundo de la vida. Las tres componentes participan cooriginalmente en la producción de las acciones jurídicas. Al derecho pertenecen todas las comunicaciones que se orientan (a/y) por el derecho, refiriéndose las reglas jurídicas en términos de reflexividad a la integración social que en el proceso de institucionalización se efectúa de forma directa (es decir, sin la reflexividad que las normas jurídicas añaden). Pero el código que representa el derecho no sólo mantiene su conexión con el medio que representa el lenguaje ordinario, a través del cual discurren las operaciones sociointegrativas de entendimiento intersubjetivo que se efectúan y ejercitan en el mundo de la vida; sino que también da a los mensajes procedentes del mundo de la vida una forma en la que resultan inteligibles para los códigos especiales con que opera una Administración regulada por el medio poder y una economía regida, controlada y gobernada por el dinero. Por este lado el lenguaje del derecho, a diferencia de la comunicación moral, reducida a la esfera del mundo de la vida, puede operar como un transformador en el circuito de comunicación entre sistema y mundo de la vida, que abarca la sociedad global.

58. Cf. J. Habermas, *Pensamiento postmetafísico*, Madrid, 1990, pp. 102 ss.

III

RECONSTRUCCIÓN INTERNA DEL DERECHO (I): EL SISTEMA DE LOS DERECHOS

Las consideraciones hechas hasta aquí han servido a la finalidad propedéutica de introducir la categoría de derecho, y en particular la de derecho moderno, desde el punto de vista de la teoría de la acción comunicativa. Precisamente una teoría crítica de la sociedad no puede limitarse a una descripción de la relación entre norma y realidad, realizada desde la perspectiva del observador. Antes de retornar en el capítulo VII a esta tensión externa entre las pretensiones normativas de los órdenes que constituyen lo que llamamos estado democrático de derecho y la facticidad de su contexto social, efectuaré en estos dos capítulos una reconstrucción racional de la *autocomprensión* de estos órdenes jurídicos modernos. Para ello parto de los derechos que los ciudadanos han de reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo. Esta formulación muestra ya que el sistema de los derechos en conjunto está transido por esa tensión interna entre facticidad y validez que caracteriza al ambivalente modo de validez que es la validez jurídica.

Para la comprensión moderna del derecho, el concepto de derecho subjetivo desempeña, como hemos visto en el primer capítulo, un papel central. Se corresponde con el concepto de libertad subjetiva de acción: los derechos subjetivos (en inglés *rights*) fijan los límites dentro de los que un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad. Tales derechos definen iguales libertades de acción para todos los individuos, entendidos como portadores de derechos o personas jurídicas. En el artículo 4 de la «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano» de 1789 se dice: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no cause perjuicio a otro. Así, el ejercicio de los derechos naturales de un hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los demás miembros de la sociedad el dis-

frute de los mismos derechos. Esos límites sólo pueden establecerse por ley». Con este principio conecta Kant en su formulación del «principio general del derecho», conforme al cual es legítima toda acción que pueda hacerse compatible con, o conforme a cuya máxima la libertad y el arbitrio de cada uno pueda hacerse compatible con, la libertad de todos los demás conforme a una ley general. A este principio se atiene todavía Rawls en la formulación de su primer principio de justicia: «Toda persona ha de tener un igual derecho a libertades básicas lo más extensas posibles, compatibles con similares libertades para los demás»[1]. El concepto de ley aclara y explicita la idea de trato igual, contenida ya en el concepto de derecho: en la forma de leyes abstractas y generales competen a todos los sujetos los mismos derechos.

Estas determinaciones conceptuales básicas explican por qué el derecho moderno resulta especialmente adecuado para la integración social de sociedades en las que ocupa una posición prominente el sistema económico, las cuales en ámbitos de acción éticamente neutralizados dependen de las decisiones descentrales de sujetos individuales guiados por intereses, orientados en cada caso a su propio éxito. Pero el derecho no puede limitarse a cumplir los requisitos funcionales de una sociedad compleja, tiene también que satisfacer a las precarias condiciones de una integración social que en última instancia se efectúa a través de las operaciones de entendimiento intersubjetivo de sujetos que actúan comunicativamente, es decir, a través de la aceptabilidad de pretensiones de validez. El derecho moderno opera un desplazamiento por el que lo que antes se exigía normativamente de los individuos, los cuales de este modo quedan, por así decir, moralmente exonerados, se transforma en exigencias que ahora se hacen a las leyes, las cuales han de asegurar la compatibilidad de las libertades de acción[2]. Éstas reciben su legitimidad de un procedimiento legislativo que se apoya a su vez en el principio de soberanía popular. Con ayuda de los derechos que aseguran a los ciudadanos el ejercicio de su autonomía política, ha de poder explicarse el paradójico surgimiento de la legitimidad a partir de la legalidad.

Digo «paradójico» porque estos derechos ciudadanos, es decir, tales derechos concernientes al ejercicio de la autonomía política,

1. J. Rawls, *Teoría de la justicia*, México, 1979, p. 821; reaccionando a la crítica que le hizo H. Hart en «Rawls on Liberty and its Priority», en N. Daniels (ed.), *Reading Rawls*, Oxford, 1975, pp. 230-252, Rawls sustituyó esta formulación por otra que, a mi juicio, no representa corrección alguna: «Toda persona tiene igual derecho a un esquema plenamente adecuado de iguales libertades básicas que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos» (J. Rawls, «The Basic Liberties and their Priorities», en St. McMurrin [ed.], *The Tanner Lectures on Human Values 1982*, Salt Lake City, 1983, p. 5).

2. E. W. Böckenförde, «Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung», en Id., *Recht, Freiheit, Staat*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 58-66.

en tanto que derechos subjetivos, tienen, por un lado, la misma estructura que todos los derechos que otorgan al individuo esferas de libertad de arbitrio. Con independencia, pues, de las diferencias en las modalidades del uso de estos derechos, también los derechos políticos han de poder interpretarse como libertades subjetivas de acción, que sólo obligan a un comportamiento legal, es decir, *dejan a discreción* del sujeto los motivos que le llevan a comportarse de conformidad con la regla. Por otro lado, el procedimiento democrático de producción de normas tiene que confrontar a los que participan en él con las expectativas normativas que implica la orientación por el bien común, pues del único sitio de donde ese proceso puede obtener su fuerza legitimadora es del proceso de un *entendimiento* de los ciudadanos acerca de las reglas que han de regir su convivencia. También en las sociedades modernas el derecho sólo puede cumplir la función de estabilizar expectativas si mantiene una conexión interna con la fuerza sociointegradora que tiene la acción comunicativa.

Esta problemática conexión entre las libertades subjetivo-privadas y la autonomía ciudadana la aclararé con ayuda de un concepto discursivo de derecho. Tal conexión representa un persistente problema que empezaré tratando en dos contextos distintos. Hasta ahora no se ha conseguido poner en consonancia autonomía privada y autonomía pública de una forma satisfactoria en lo tocante a conceptos básicos, y ello muéstrase en el propio interior de la dogmática jurídica en la relación no aclarada entre derecho subjetivo y derecho público, y dentro de la tradición del derecho natural racional en la competencia aún no resuelta entre derechos del hombre y soberanía popular (I). En ambos casos las dificultades se explican, no sólo por las premisas de filosofía de la conciencia que subyacen en las distintas posiciones, sino también por una herencia metafísica del derecho natural, es decir, por la herencia que representa la subordinación del derecho positivo al derecho natural o derecho moral. En realidad, al desmoronarse el complejo o síndrome que constituye una «eticidad sustancial», se diferencian cooriginalmente derecho positivo y moral postconvencional. El análisis que hace Kant de la forma jurídica nos dará ocasión para retomar la discusión acerca de la relación entre derecho y moral, con el fin de mostrar que el principio democrático, a diferencia de lo que sucede en la construcción de la teoría kantiana del derecho, no debe quedar subordinado al principio moral (II). Y sólo tras establecer estos hitos podré fundamentar con ayuda del principio de discurso el sistema de los derechos, de manera que quede claro por qué autonomía privada y pública, derechos del hombre y soberanía popular se presuponen mutuamente (III).

I

(1) En la dogmática alemana del derecho civil que en nuestro país ha resultado decisiva para la comprensión del derecho en conjunto, la doctrina de los derechos subjetivos había quedado en un principio sometida a la influencia de la filosofía idealista del derecho. Según Savigny, una relación (o situación) jurídica «asegura el poder que compete a la persona particular: un ámbito en que su voluntad reina y reina con nuestro asentimiento»[3]. Aquí se insiste todavía en la conexión de las libertades subjetivas de acción con el reconocimiento intersubjetivo por los miembros de la comunidad jurídica. Pero al hilo de ulteriores consideraciones el derecho privado va cobrando un valor intrínseco; el «derecho en sentido subjetivo» sería legítimo *per se* porque, partiendo de la inviolabilidad de la persona, garantiza a la libre actividad de la voluntad individual «un ámbito en que reina con toda independencia»[4]. También para Puchta el derecho es esencialmente derecho subjetivo: «El derecho es el reconocimiento de la libertad que compete por igual a los hombres como sujetos del poder de su voluntad»[5]. Conforme a esta concepción, los derechos subjetivos son derechos negativos que protegen ámbitos de acción individual al fundamentar títulos o pretensiones, judicialmente accionables, concernientes a exigir la omisión de las intervenciones no consentidas en la libertad, la vida y la propiedad de uno. En esta esfera sometida a protección jurídica, la autonomía privada queda asegurada sobre todo a través del derecho a concluir contratos y a adquirir propiedad, o a alienarla, o a transmitirla.

Sin embargo, a fines del siglo XIX se cobra cada vez más conciencia de que el derecho privado sólo había podido legitimarse desde sí mismo en la medida en que la autonomía privada del sujeto de derecho encontraba su fundamento en la autonomía moral de la persona. Cuando el derecho perdió su fundamentación idealista, y en particular el respaldo que le prestaba la teoría moral kantiana, la envoltura que representaba esa «capacidad individual de decisión soberana» quedó también privada del contenido normativo de una libertad de la voluntad, de por sí digna de protegerse, y legítima. La fuerza legitimante sólo la había suministrado aquel lazo que Kant, con la ayuda del «principio del derecho», había anudado entre la libertad de arbitrio y la voluntad autónoma de la persona. Pero tras quedar roto ese lazo, el derecho, conforme a la comprensión positivista, solo podía afirmarse ya como la forma que dota a determinadas decisiones y competencias de la fuerza de una obligatoriedad fáctica. Los derechos

3. F. C. v. Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* I, Berlin, 1840, § 4.
4. *Ibid.*, § 53.
5. G. F. Puchta, *Cursus der Institutionen*, Leipzig, 1865, § 4.

subjetivos se consideran desde Windscheid como reflejos de un orden jurídico que transfiere a los individuos el poder o soberanía de la voluntad que él objetivamente encarna: «Un derecho es un poder, soberanía o dominio de la voluntad, conferido por el orden jurídico»[6].

Más tarde, queda incluida en esta definición la interpretación utilitarista de Ihering conforme a la cual la sustancia del derecho no es la voluntad sino la utilidad[7]: «El derecho subjetivo es conceptualmente una facultad jurídica, conferida al individuo por el orden jurídico, y por su fin un medio para la satisfacción de intereses humanos»[8]. La referencia al disfrute y al interés permitió la extensión de los derechos subjetivos privados a derechos en general. Llegado el caso, de un derecho subjetivo no solamente se sigue el derecho de A a algo que queda así protegido de la intervención de terceros, sino también un derecho, sea absoluto o relativo, a tener parte en rendimientos organizados o riqueza social. Finalmente, Hans Kelsen define el derecho subjetivo en general como un interés protegido por el derecho objetivo y como una libertad de arbitrio garantizada por el derecho objetivo (o un «poder querer» o «estarle a uno permitido querer» en el sentido de Windscheid). Simultáneamente, Kelsen despoja al derecho objetivo de las connotaciones de la teoría de Thon, hasta entonces muy influyente, de la validez jurídica como validez de mandatos. Según Kelsen, un derecho o título subjetivo no sólo viene autorizado mediante la voluntad de quien manda, sino que también viene dotado de la validez de un deber, las proposiciones jurídicas estatuyen libertades debidas de acción. Este «deber ser», sin embargo, no se entiende en términos deontológicos, sino en términos empíricos como aquella validez que el legislador político vincula a sus decisiones al ligar el derecho estatuido con normas punitivas. El poder sancionador estatal califica a la voluntad del legislador como «voluntad del Estado».

La concepción de Kelsen caracteriza el otro cabo de la dogmática del derecho privado que parte de Savigny, por cuanto que con ella el contenido moral de los derechos subjetivos entendidos en términos individualistas pierde expresamente su referencia, la cual no era sino la voluntad libre o poder soberano de decisión de una persona que desde un punto de vista moral *merece* ser protegida en su autonomía privada. Kelsen desliga el concepto jurídico de persona no sólo de la persona moral sino incluso de la persona natural

6. B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* II, Frankfurt a. M., 1906, § 37. Esto no es sino una referencia aprobatoria a la definición de Regelsberger: «Tenemos un derecho subjetivo cuando el orden jurídico deja al implicado la realización de un fin reconocido, es decir, la satisfacción de un interés reconocido, y para tal propósito le dota de un poder jurídico».
7. R. v. Ihering, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1888, parte III, p. 338.
8. L. Enneccerus, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen, ^{15}1959, § 72.

porque un sistema jurídico que se ha vuelto completamente autónomo ha de arreglárselas con sólo las ficciones que él mismo genera; desplaza a las personas a su (del sistema jurídico) entorno, como dirá Luhmann, tras un ulterior giro naturalista. Es el orden jurídico mismo el que con los derechos subjetivos crea el lugar lógico para el sujeto jurídico como portador de esos derechos: «Al sujeto de derecho... no se le deja, pues, sino como punto de referencia, y ello a fin de evitar que el juicio: "un sujeto jurídico o una persona 'tiene' derechos subjetivos" se convierta en la pura tautología: "hay derechos subjetivos"... Pues dotar a la persona de un derecho a, o de una obligación a, significaría entonces: dotar de derechos a los derechos, obligar a las obligaciones, en una palabra: normar a las normas»[9]. Con la desconexión de la persona moral y natural respecto del sistema jurídico se abre para la dogmática jurídica el camino hacia una concepción puramente funcionalista de los derechos subjetivos. La doctrina de los derechos subjetivos pasa el relevo a un funcionalismo sistémico que mediante decisiones metodológicas se desprende de todas las consideraciones de tipo normativo[10].

La transformación experimentada por la esfera del derecho privado durante el régimen nazi[11] había provocado, ciertamente, tras 1945, reacciones moralmente fundadas contra su «destronamiento» en términos de derecho objetivo y contra la consiguiente socavación moral de los derechos subjetivos. Pero la restauración que en términos de derecho natural se efectuó de la conexión entre autonomía privada y autonomía moral no pudo convencer durante mucho tiempo. El ordo-liberalismo que se impuso, no hizo sino renovar aquella comprensión individualistamente recortada de los derechos subjetivos que era la que había provocado la interpretación funcionalista del orden del derecho privado como marco del tráfico económico capitalista: «La idea de derecho subjetivo mantiene viva la concepción de que el derecho privado y la protección del derecho fundada en él, sirve en última instancia al mantenimiento de la libertad del individuo en la sociedad; mantiene viva la concepción de que la libertad individual es una de las ideas fundamentales, por mor de las cuales existe el derecho privado. Pues con la idea de derecho subjetivo no se quiere decir sino que el derecho privado es el derecho de miembros de una comunidad jurídica, independientes unos de otros, que actúan conforme a sus propias decisiones»[12].

9. H. Kelsen, *Teoría general del Derecho*, México, [15]1979, p. 84.
10. J. Schmidt, «Zur Funktion der subjektiven Rechte»: *Archiv für Rechts- u. Soziclphilosophie*, t. 57 (1971), pp. 383-396.
11. B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, Frankfurt a. M., 1973.
12. H. Coing, «Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht"», en H. Coing *et al.*, *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Frankfurt a. M., 1959, pp. 39 ss.; la cita, en pp. 22 s.

Contra las obvias reinterpretaciones funcionalistas de esta concepción, L. Raiser emprendió finalmente la tentativa de corregir ese planteamiento individualista en términos de derecho social y de devolver de este modo al derecho privado su contenido moral. Pero no retorna a los supuestos conceptuales básicos que introdujo Savigny, sino que toma ocasión de la «materialización» que el Estado social efectúa de ámbitos nucleares del derecho privado burgués, para *restringir* el concepto de derecho subjetivo (al que mantiene intacto) a las libertades clásicas de acción. Estos derechos fundamentales seguirían asegurando «la autoafirmación y autorresponsabilidad de la persona en la sociedad». Pero tienen que complementarse con derechos sociales: «Igual de importante ética y políticamente que el reconocimiento de tales posiciones jurídicas privadas es integrar al individuo, también mediante el derecho, en los contextos de acción y operación que lo envuelven, que lo vinculan con los demás, que vienen regulados como entramados de orden, es decir, desarrollar y asegurar las instituciones jurídicas en las que el individuo ocupa la posición de *miembro*»[13]. Los derechos «primarios» son demasiado débiles como para garantizar protección a la persona también allí donde queda integrada en «órdenes más amplios, supraindividuales»[14]. Pero este intento de salvación por vía de complementación, no está planteado en términos suficientemente abstractos. Ciertamente, el derecho privado experimenta una reinterpretación mediante el cambio de paradigma que representa el paso del derecho formal burgués al derecho materializado del Estado social[15]. Pero tal reinterpretación no debe confundirse con una revisión de los conceptos y principios básicos mismos, los cuales no hacen más que experimentar una *interpretación* distinta en esos dos paradigmas distintos.

En todo caso, Raiser sí vuelve a llamar la atención sobre el sentido intersubjetivo de los derechos subjetivos, que las lecturas individualistas habían convertido en irreconocible. Pues estos derechos subjetivos descansan en el reconocimiento recíproco de sujetos jurídicos cooperantes. Los derechos subjetivos no implican forzosamente de por sí ese aislamiento de los sujetos jurídicos entre sí, que Raiser trata de corregir. Los sujetos de derecho, que se reconocen recíprocamente los mismos derechos, están unidos, por así decir, por unión personal con, pero no son idénticos a, las personas privadas que, al hacer un uso estratégico de esos derechos, se topan unos

13. L. Raiser, «Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht» (1991), en Id., *Die Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt a. M., 1977, pp. 98 ss., la cita, en p. 115.
14. *Ibid.*, p. 113.
15. Cf. más abajo cap. IX, pp. 477 ss.

con otros como oponentes: «Un derecho, después de todo, no es ni una pistola, ni tampoco un espectáculo de un solo actor. Es una relación y una práctica social, y en estos dos aspectos esenciales es expresión de una conexión entre individuos. Los derechos son tareas públicas, que implican obligaciones para con los demás, así como títulos frente a ellos. En su apariencia, por lo menos, son una forma de cooperación, de cooperación *social*, sin duda, pero al cabo, en último análisis, una forma de cooperación»[16]. Los derechos subjetivos no están referidos ya por *su propio concepto* a individuos atomísticos y extrañados, que autoposesivamente se empecinen unos contra otros. Como elementos del orden jurídico presuponen más bien la colaboración de sujetos que se reconocen como sujetos de derechos, libres e iguales en sus derechos y deberes, los cuales están recíprocamente referidos unos a otros. Este reconocimiento recíproco es elemento integrante de un orden jurídico del que derivan derechos subjetivos cuyo cumplimiento es judicialmente exigible. En este sentido los derechos subjetivos y el derecho objetivo son cooriginales. Ahora bien, lo que en esta perspectiva no sería admisible sería una comprensión estatista del derecho objetivo; pues éste sólo puede provenir de los derechos que los sujetos se reconocen recíprocamente. Y no basta la mera adición de derechos sociales para tornar visible esa estructura intersubjetiva de relaciones de reconocimiento, que subyace en el orden jurídico como tal. El desconocimiento de esta estructura determina por igual tanto el comienzo idealista como las ramificaciones y salidas positivistas de la dogmática alemana del derecho civil.

Como hemos mostrado, los comienzos de la doctrina de los derechos subjetivos vinieron caracterizados por una especie de autonomización normativa de derechos subjetivos de contenido moral que pretendían tener una legitimidad superior a la otorgada por el proceso político de producción de normas. Su sentido garantizador de la libertad prestaría a los derechos subjetivos una autoridad moral independiente de la producción democrática del derecho, autoridad moral que no se logró fundamentar dentro de la propia teoría del derecho. La reacción a ello fue una evolución cuyo punto final fue la subordinación abstracta de los derechos subjetivos al derecho objetivo, subordinación en la que la legitimidad del derecho objetivo descansa finalmente en la legalidad de una dominación política entendida en términos de «positivismo de la ley». Pero el decurso de estas discusiones oculta el problema real que la posición central de los derechos subjetivos privados comporta: no se consigue explicar de dónde recibe su legitimidad el derecho positivo. Ciertamente, la

16. F. Michelman, «Justification and the Justifiability of Law in a Contradictory World»: *Nomos*, t. XVIII (1986), pp. 71 ss., la cita es de la p. 91.

fuente de toda legitimidad radica en el proceso democrático de producción del derecho; y ese proceso apela a su vez al principio de soberanía popular. Ahora bien, el «positivismo de la ley» no introduce este principio de forma tal que se conserve el contenido moral autónomo de los derechos subjetivos —la protección de la libertad individual, que subraya Coing—. De uno u otro modo se yerra, pues, el sentido intersubjetivo de las libertades de acción subjetivas jurídicamente conferidas y con ello una relación entre autonomía privada y autonomía ciudadana en la que pudiesen hacerse valer sin recortes ni mermas ambos momentos.

(2) En su confianza en el concepto idealista de libertad, Savigny pudo partir de que el derecho privado, en tanto que sistema de derechos negativos y procedimentales garantizadores de la libertad, se legitima por fundamentos racionales, es decir, desde sí mismo. Pero Kant no había respondido de forma totalmente unívoca a la cuestión de la legitimación de esas leyes generales cuyo fin era fundar un sistema de egoísmo bien ordenado. Ya en su teoría del derecho la relación entre principio moral, principio del derecho y principio democrático (si es que se me permite llamar principio democrático a aquello por lo que Kant ve caracterizada la forma republicana de gobierno) permanece en último término sin aclarar. Los tres principios expresan, cada uno a su manera, la misma *idea de autolegislación*. Con este concepto de autonomía había reaccionado Kant a la tentativa fallida de Hobbes de erigir un sistema de derechos civiles sin recurrir a fundamentos morales, es decir, de erigirlo sólo a partir del autointerés ilustrado de los participantes.

Si desde una perspectiva kantiana se vuelve la mirada sobre Hobbes, se impone una lectura que ve en Hobbes más bien a un teórico de un Estado burgués de derecho sin democracia que al apologeta de un absolutismo sin restricciones. Pues según Hobbes, el soberano sólo puede emitir sus mandatos en el lenguaje del derecho moderno. En el interior el soberano garantiza un orden que asegura a las personas privadas libertades subjetivas conforme a leyes generales: «Pues quienes mandan (*summi imperatores*) no pueden hacer más por la felicidad dentro del Estado que el que los ciudadanos se vean asegurados contra las guerras externas e internas y puedan gozar así con tranquilidad de la hacienda adquirida con su propia industria»[17].

Para Hobbes que, como cosa obvia, dota de derechos privados al *status* de súbditos que los ciudadanos tienen, el problema de la legi-

17. Th. Hobbes, *De Cive*, cap. 6, en Th. Hobbes, *Opera Latina*, ed. W. Molesworth, London, 1834, p. 300; ed. castellana, *El ciudadano*, Madrid, 1993, pp. 55-68. Cf. J. Habermas, «La doctrina clásica de la política en su relación con la filosofía», en Id., *Teoría y praxis*, Madrid, 1987, pp. 49-87.

timación no puede regularse, naturalmente, *dentro* del orden jurídico ya fundado, es decir, a través de derechos ciudadanos y de procedimientos de producción democrática de normas. Tiene que ser resuelto de inmediato con la propia constitución del Estado, por así decir, de un golpe, o mejor: tiene que ser hecho desaparecer con esa constitución. Pues lo que Hobbes trata de mostrar es que la sociedad constituida en términos absolutistas, considerada en conjunto, se justifica como un orden instrumental a partir de las consideraciones y ponderaciones racionales con arreglo a fines de todos los implicados. Con ello resultaría a la vez ociosa la tarea de una fundamentación normativa del *ejercicio* de la dominación política, efectuado en forma de derecho. Pues la tensión que el propio derecho lleva en su seno entre facticidad y validez se disuelve si la dominación constituida en términos jurídicos puede ser entendida *per se* como mantenimiento de un sistema de ordenado egoísmo, preferido por todos los implicados. Y ello porque lo que aparece como moralmente debido surge entonces espontáneamente de las acciones de egoístas racionales, las cuales vienen regidas por intereses, o, como Kant dirá después, de las acciones de un «pueblo de diablos». La fundamentación utilitarista del orden del derecho privado burgués —el que «al mayor número posible de personas les vaya bien durante el mayor tiempo posible»[18]— dota de justicia material a la soberanía de un príncipe que por razones conceptuales no puede cometer injusticia alguna.

Sin embargo, para probar lo que se propone, Hobbes no sólo tiene que mostrar por qué tal orden satisface por igual, *ex post*, es decir, desde el punto de vista de los lectores que ya se encuentran en el estado civil, los intereses de todos los implicados. Además de eso tiene que mostrar por qué ya en el estado de naturaleza tal sistema podría ser preferido por igual por cada uno de los sujetos que actúan de forma racional con arreglo a fines, tomados por separado. Ahora bien, como Hobbes atribuye a las partes en el estado de naturaleza la misma actitud de orientación al éxito que el derecho privado atribuye a sus destinatarios, resulta casi obvio construir el acto de «sociación» original con ayuda del instrumento de derecho privado que representa el contrato, justo como un contrato de dominación que todos concluyen entre sí en favor del soberano que así queda instituido. Pero en todo esto Hobbes pasa por alto una circunstancia. Los sujetos, determinados cada uno por sus propias preferencias, toman sus decisiones desde la perspectiva de la primera persona del singular; mas ésta no es la perspectiva desde la que las partes en el estado de naturaleza emprenden un examen con el resultado de trocar sus libertades naturales de acción (es decir, libertades que, ciertamente, chocan unas con las otras, pero ilimitadas) por libertades a las que

18. Th. Hobbes, *De Cive*, cap. 13.3; ed. castellana, p. 113.

leyes generales han vuelto compatibles, esto es, por libertades articuladas en términos de derecho privado. Pues un tránsito racionalmente motivado desde el conflicto permanente que representa el estado de naturaleza a una cooperación respaldada por la coerción, y ello bajo una recíproca renuncia parcial a la libertad, sólo cabría esperarla de los sujetos en el estado de naturaleza bajo dos condiciones.

Los sujetos habrían de entender *por un lado* qué es lo que significa en general una relación social que descanse sobre el principio de reciprocidad. Pues antes de toda «sociación» o socialización los sujetos de derecho privado que en el estado de naturaleza sólo existen en forma virtual, no han aprendido todavía a adoptar la perspectiva de una segunda persona ni a mirarse a sí mismos desde la perspectiva de esa segunda persona. Pues sólo entonces podría aparecerles su propia libertad no como una libertad natural que choca con resistencias fácticas, sino como una libertad constituida mediante reconocimiento recíproco. Para manejar el instrumento que representa el contrato, tendrían que disponer ya de la conceptuación sociocognitiva, implícita en cualquier intercambio de perspectivas entre oponentes, que, sin embargo, sólo pueden adquirir en ese estado de sociedad que ha de empezar siendo explicado en términos de teoría del contrato. *Por otro lado*, las partes que cierran el contrato habrían de poder distanciarse de sus libertades naturales de otra manera aún. Tendrían que poder adoptar esa perspectiva *social* de una primera persona del plural que el autor Hobbes y sus lectores tácitamente han adoptado desde el principio, pero que queda vedada a los sujetos en el estado de naturaleza. Bajo premisas hobbesianas no les es posible adoptar precisamente ese punto de vista que permitiría a cada uno enjuiciar si la reciprocidad de la coerción que restringe el arbitrio de cada uno conforme a leyes generales es en interés de todos por igual y, por tanto, puede ser querida por todos los implicados. La clase de razones morales que así entra en juego, Hobbes la reconoce, ciertamente, de paso en los lugares en que recurre a la regla de oro —*Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*— como ley natural[19]. Pero tal impregnación moral del estado de naturaleza está en contradicción con lo que Hobbes pretende demostrar, a saber, que puede fundamentarse la instauración de un sistema de egoísmo bien ordenado, partiendo sólo del autointerés ilustrado de todos los individuos[20].

19. Th. Hobbes, *Leviathan*, en Th. Hobbes, *English Works* III, ed. W. Molesworth, London, 1939.

20. *Mutatis mutandis* también O. Höffe persigue este tipo de demostración hobbesiana. La justicia consiste para él en restricciones de la libertad distributivamente generales, es decir, que resulten ventajosas para todas las partes por igual: «A causa de esta ventaja para todos la justicia natural no necesita para imponerse ninguna clase de intención moral, es decir, no necesita ser justicia personal. Puede bastarle el autointerés como principio de motivación...» (O. Höffe, *Politische Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1987, p. 407). Este planteamien-

Este enfoque empirista de cómo un sistema de derechos puede explicarse a partir del entrelazamiento de constelaciones de intereses y de cálculos de utilidad de actores que actúan racionalmente y que se encuentran contingentemente unos con otros, ha llamado una y otra vez la atención de autores sutiles; pero tampoco con los medios modernos de la teoría de los juegos se ha encontrado una respuesta satisfactoria. Aunque sólo sea por esta causa, sigue mereciendo atención la reacción de Kant al *fracaso* de esta tentativa.

Kant se percató de que los derechos subjetivos no pueden fundamentarse a su vez conforme a un modelo tomado del derecho privado. Contra Hobbes hace la convincente objeción de que éste no tuvo en cuenta la diferencia estructural entre la figura legitimatoria que representa el contrato social y un contrato privado. Pues de las partes que cierran un contrato en el estado de naturaleza hay que esperar, en efecto, una actitud distinta que la meramente egocéntrica: «El contrato de instauración de una constitución civil es de una clase tan peculiar, que... en el propio principio de su fundación se distingue esencialmente de todos los demás (contratos)»[21]. Mientras que habitualmente las partes cierran un contrato «con una determinada finalidad», el contrato social es «un fin en sí». Pues funda «el derecho de los hombres a vivir bajo leyes coercitivas públicas mediante las que a cada uno pueda quedarle definido lo que es suyo y serle protegido contra la intrusión de cualquier otro»[22]. Según Kant las partes se unen, no instituyendo un soberano al que traspasan la competencia legislativa; antes el contrato social tiene la peculiaridad de no tener ningún contenido especial sino que representa en sí mismo el modelo de una «sociación» bajo el dominio del principio del derecho. Fija realizativamente las condiciones bajo las que el derecho puede cobrar validez legítima. Pues «el derecho es la restricción de la libertad de cada uno sometiéndola a la condición de que sea compatible con la libertad de cualquiera, en cuanto que ésta sea posible conforme a una ley general»[23].

Bajo este aspecto el contrato social sirve a la *institucionalización* del único derecho «innato», que es el derecho a iguales libertades de acción. Este derecho original del hombre lo ve fundado Kant en la voluntad autónoma de los individuos que como personas morales disponen de antemano de esa perspectiva social que representa una

to queda aún más claramente elaborado en O. Höffe, *Kategorische Rechtsprinzipien*, Frankfurt a. M., 1990; Id., *Gerechtigkeit als Tausch?*, Baden-Baden, 1991. Cf. la crítica que de este planteamiento hace K. Günther, «Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren?»: *Rechtshistorisches Journal* (Frankfurt a. M.), t. 10 (1991), pp. 233-267.

21. I. Kant, «En torno al tópico: "Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica"», en Id., *Teoría y práctica*, Madrid, 1986, p. 25.
22. *Ibid.*, p. 26.
23. *Ibid.*

razón examinadora de normas, perspectiva a partir de la cual pueden fundamentar moralmente, y no solamente por razones de prudencia, su salida de un estado de libertades no aseguradas. Al propio tiempo ve Kant que este único derecho del hombre puede diferenciarse en un *sistema de derechos* mediante el que puede cobrar forma positiva tanto «la libertad de cada miembro de la sociedad, como hombre», como también «su igualdad con todos los demás, como súbdito». Esto sucede en forma de «leyes públicas» que sólo pueden pretender legitimidad como actos de la voluntad pública de los ciudadanos autónomos y unidos: «A este respecto no es posible otra voluntad que la de todo el pueblo (pues todos deciden sobre todos, y, por tanto, cada uno sobre sí mismo): pues sólo a sí mismo no puede nadie hacerse injusticia»[24]. Y porque la cuestión de la legitimidad de las leyes garantizadoras de la libertad tiene que encontrar una respuesta *dentro* del derecho positivo, el contrato social no puede imponer y hacer valer el «principio del derecho» sino ligando la formación de la voluntad política del legislador a condiciones de un *procedimiento democrático*, bajo las que los resultados producidos conforme al procedimiento expresen *per se* la voluntad concordante o el consenso racional de todos los implicados. De esta forma se anudan en el contrato social el derecho moralmente fundado del hombre a iguales libertades subjetivas y el principio de soberanía popular.

Los derechos del hombre fundados en la autonomía moral del individuo sólo cobran forma positiva mediante la autonomía política de los ciudadanos. El principio del derecho parece mediar entre el principio moral y el principio democrático. Pero no queda del todo claro cómo se relacionan entre sí ambos principios. Ciertamente, el concepto de autonomía, que sostiene toda la construcción, Kant lo introduce desde el punto de vista, por así decir, privado de un sujeto que juzga moralmente, pero ese concepto Kant lo hace explícito en la fórmula legiforme del imperativo categórico recurriendo a su vez al modelo tomado de Rousseau de una «legislación pública», realizada democráticamente. Conceptualmente el principio moral y el principio democrático se explican el uno al otro. La arquitectónica de la filosofía del derecho de Kant no hace sino ocultar esta circunstancia. Si esto es así, el principio del derecho no constituye un eslabón intermedio entre el principio moral y el principio democrático, sino sólo el reverso del principio democrático mismo. La falta de claridad acerca de la relación de estos tres principios deriva a mi juicio de que tanto en Kant como en Rousseau se da una *relación de competencia*, no confesada, entre los *derechos del hombre* fundamentados en términos morales y el *principio de soberanía popular*.

24. *Ibid.*, p. 33.

Pero antes de entrar más por menudo en ello, voy a intercalar un excurso cuyo fin es aclarar qué significado pueden tener las discusiones de este tipo, relativas a historia de la teoría, para una consideración sistemática de la autonomía privada y de la autonomía pública.

(3) *Excurso*: La idea de derechos del hombre y la idea de soberanía popular han venido determinando la autocomprensión normativa de los Estados democráticos de derecho hasta hoy. Este idealismo anclado en la propia estructura de las constituciones, no podemos tomarlo como un capítulo ya pasado de la historia de las ideas políticas. Antes la historia de la teoría es ingrediente necesario y reflejo de la tensión entre facticidad y validez inherente al derecho mismo, es decir, de la tensión entre la positividad del derecho y la legitimidad que ese derecho reclama para sí. La tensión no puede ni trivializarse ni tampoco simplemente ignorarse, porque la racionalización del mundo de la vida permite cada vez menos cubrir la necesidad de legitimación que tiene el derecho positivo, es decir, un derecho basado en las decisiones cambiables de un legislador político, permite, digo, cada vez menos cubrir esa necesidad de legitimación recurriendo a la tradición o a la «eticidad» en que hemos crecido. Voy a referirme brevemente al potencial de racionalidad liberado tanto desde el punto de vista cultural como desde el punto de vista socializatorio, a cuya presión el derecho ha venido quedando sometido cada vez con más fuerza desde las primeras grandes codificaciones de fines del siglo XVIII.

En las doctrinas del derecho natural clásico, sobre todo en la tradición de Aristóteles, y del derecho natural cristiano, configurado por el tomismo, que siguieron operando hasta bien entrado el siglo XIX, se refleja todavía un *ethos* social global, que penetra a través de las distintas capas sociales de la población y vincula mutuamente los diversos órdenes sociales. En la dimensión vertical de las tres componentes del mundo de la vida, a que más arriba nos hemos referido, este *ethos* había cuidado de que los patrones culturales de valoración y las instituciones se solapasen suficientemente con los motivos y orientaciones de acción consolidados en las estructuras de la personalidad. En el plano horizontal de los órdenes legítimos había contribuido a concatenar y entrelazar los eslabones normativos que son las costumbres, la política y el derecho. En el curso de evoluciones que por mi parte he interpretado como «racionalización del mundo de la vida», tal trabazón se rompe. Las tradiciones culturales y los procesos de socialización son los primeros en quedar sometidos a la presión de una reflexión que hace que poco a poco comiencen a ser tematizados por los actores mismos. En la misma medida las prácticas y patrones de interpretación a los que se estaba habituado, pertenecientes a una eticidad que ahora queda rebajada a mera convención, se diferencian de las decisiones prácticas que

pasan por el filtro de la reflexión inherente a una capacidad de juzgar autónoma. Y en este empleo de la razón práctica se produce una especialización que es la que me importa en nuestro contexto. Las ideas modernas de *autorrealización* y de *autodeterminación* señalizan no sólo otros temas, sino dos formas diversas de discurso que están cortadas a la medida de la lógica de las cuestiones *éticas* y de las cuestiones *morales*. La lógica de estas dos clases de cuestiones, que es en cada caso específica y distinta, cuaja a su vez en evoluciones filosóficas que se inician a finales del siglo XVIII.

Lo que desde Aristóteles se había llamado «ética», adopta desde entonces un sentido nuevo, subjetivista. Y esto vale tanto para las biografías individuales como para las tradiciones y formas de vida intersubjetivamente compartidas. En conexión con, y como reacción a, una creciente literatura autobiográfica de confesiones y autoexamen, se desarrolla desde Rousseau a Sartre, pasando por Kierkegaard, un tipo de reflexión, que cambia la actitud de uno mismo para con su propia vida individual. Dicho con pocas palabras, el lugar de la introducción a una vida virtuosa, efectuada por vía de mostración de casos ejemplares, el lugar de los modelos de vida lograda, recomendados para su imitación, pasa a ocuparlo cada vez más decididamente la exigencia abstracta de una apropiación consciente y autocrítica, la exigencia de una asunción responsable de la propia biografía individual, incanjeable y contingente. La interioridad radicalizada queda gravada con la tarea de un autoentendimiento en el que se entrelazan autoconocimiento y decisión existencial. Este desafío a, o exigencia de, agarrar sondeándolas las posibilidades con las que fácticamente damos ahí, pero que resultan determinantes en la acuñación de la propia identidad, lo plasma Heidegger en su fórmula de la *existentia* como *geworfener Entwurf*, es decir, como *iactata proiectio*, es decir, como «proyecto o proyección de sí que da consigo arrojada ahí»[25]. La irrupción de la reflexión en el proceso biográfico genera un nuevo tipo de tensión entre conciencia de la contingencia, autorreflexión y responsabilidad por la propia existencia individual. A medida que esta constelación va dibujando círculos cada vez más amplios sobre los patrones dominantes de socialización los *discursos ético-existenciales* o *clínicos* no sólo se tornan posibles, sino en cierto modo ineludibles: los conflictos que surgen de tal constelación, cuando no se los resuelve con voluntad y conciencia, se hacen valer en síntomas tan importunos como pertinaces.

No sólo el modo de vida personal, también la tradición cultural pasa a asentarse sobre esta clase de discursos enderezados al auto-

25. Esta idea de Heidegger la reconstruye E. Tugendhat con medios tomados de la filosofía analítica del lenguaje: Id., *Selbstbewußtsein und Selbstbestimmung*, Frankfurt a. M., 1979.

entendimiento. Desde Schleiermacher, pasando por Droysen y Dilthey, hasta Gadamer, surge en conexión con, y como reacción a, las ciencias históricas una problematización de la apropiación de las tradiciones intersubjetivamente compartidas, en cada caso nuestras. Pero en vez de las autointerpretaciones religiosas o metafísicas, ahora es la historia la que se convierte en el medio en que se produce el autocercioramiento de culturas y pueblos. La hermenéutica filosófica parte, ciertamente, de cuestiones metodológicas de las ciencias históricas, pero responde también a la zozobra o falta de seguridad provocada por el historicismo, a una refracción reflexiva en el modo de esa apropiación pública de la tradición, que efectuamos en cada caso en primera persona del plural[26]. Durante el siglo XIX, bajo el signo de un hermanamiento de historicismo y nacionalismo, se desarrolló la primera forma de una identidad postradicional. Pero ésta se nutrió todavía de un dogmatismo, que se articuló en forma de historia nacional y que mientras tanto se encuentra hoy en disolución. Un pluralismo de lecturas de tradiciones por principio ambivalentes da una y otra vez ocasión a discusiones concernientes a autoentendimiento, que permiten ver que los partidos en pugna se sienten ante la exigencia de decidir conscientemente de qué continuidades quieren vivir, cuáles tradiciones quieren interrumpir o cuáles proseguir. Y en la medida en que las identidades colectivas sólo pueden desarrollarse ya en la forma frágil, dinámica y deshilachada de tal conciencia pública decentrada, se tornan posibles a la vez que inevitables *discursos ético-políticos* que calen a suficiente profundidad.

La irrupción de la reflexión en las biografías y tradiciones culturales fomenta el individualismo de proyectos personales de vida y un pluralismo de formas de vida colectiva. Pero simultáneamente, también las normas de convivencia se vuelven reflexivas; en ellas se imponen orientaciones valorativas de tipo universalista. En las correspondientes teorías filosóficas se refleja desde fines del siglo XVIII un cambio en la conciencia normativa. Máximas, estrategias de acción y reglas de acción, no quedan ya legitimadas por el solo hecho de que se apele a sus contextos de transmisión, es decir, a la masa de tradición que las arropa. Con la distinción entre acciones autónomas y acciones heterónomas, la conciencia normativa experimenta una revolución. Al mismo tiempo crece la necesidad de justificación, la cual, en las condiciones de un pensamiento postmetafísico, sólo puede ser cubierta ya por *discursos morales*. Éstos se enderezan a la regulación imparcial de conflictos de acción. A diferencia de las consideraciones éticas, que se orientan al *telos* de una vida no fallida, en

26. J. Habermas, «Geschichtsbewußtsein und posttraditionale Identität», en Id., *Eine Art Schadensabwicklung*, Frankfurt a. M., 1987, pp. 271 ss.

cada caso mía, o en cada caso nuestra, las consideraciones morales exigen una perspectiva desligada de todo egocentrismo o etnocentrismo. Desde el punto de vista moral del igual respeto por todos y de un igual miramiento por los intereses de todos, las pretensiones normativas de las relaciones interpersonales reguladas en términos de legitimidad, pretensiones que ahora quedan netamente circunscritas, se ven arrastradas por el remolino de la problematización. A la altura del nivel de fundamentación postradicional el individuo desarrolla una conciencia moral regida por principios y orienta su acción por la idea de autodeterminación. Y lo que en el ámbito de la vida personal se llama autolegislación o autonomía moral, es lo que para la constitución de una sociedad justa significan las lecturas que de la libertad política, esto es, de la autolegislación democrática, se hacen en forma de derecho natural racional.

En la medida en que las tradiciones culturales y los procesos de socialización se tornan reflexivos, se cobra conciencia de la lógica de las cuestiones éticas y de las cuestiones morales, inscrita en las propias estructuras de la acción orientada al entendimiento. Sin poder contar ya con el respaldo de visiones religiosas o metafísicas del mundo resistentes a la crítica, las orientaciones prácticas sólo pueden obtenerse ya en última instancia de argumentaciones, es decir, de las formas de reflexión de la acción comunicativa misma. La racionalización de un mundo de la vida se mide por el grado en que los potenciales de racionalidad que la acción comunicativa comporta y que el discurso libera impregnan y fluidifican las estructuras del mundo de la vida. Contra este remolino de problematización son los procesos individuales de formación y los sistemas de saber culturales los que comparativamente ofrecen menor resistencia. Y en cuanto se impone la lógica específica de las cuestiones éticas y morales, ya no pueden justificarse alternativas a largo plazo a las ideas normativas que dominan la Modernidad. El modo de vida consciente de la persona individual se mide por el ideal expresivista de autorrealización, por la idea deontológica de libertad y por la máxima utilitarista del aumento de las oportunidades en la vida individual. La eticidad de las formas colectivas de vida tiene por medida, por un lado, las utopías de una convivencia no alienada y solidaria en el horizonte de tradiciones de las que el colectivo se ha apropiado de forma autoconsciente y proseguidas críticamente, y, por otro, los modelos de una sociedad justa cuyas instituciones estén estructuradas de suerte que las expectativas de comportamiento y los conflictos se regulen en interés de todos los actores por igual; una variante de ello son las ideas, ligadas al Estado benefactor, de un aumento y una distribución justa de la riqueza social.

Pues bien, una consecuencia de estas consideraciones es de particular interés en nuestro contexto: en la medida en que la «cultu-

ra» y las «estructuras de la personalidad» reciben esta suerte de carga idealista, también queda sujeto a presión un derecho que se ve despojado de sus bases sacras. La tercera componente del mundo de la vida, la «sociedad» como totalidad de los órdenes regulados en términos de legitimidad, se concentra, como hemos visto, con tanta más fuerza en el sistema jurídico, cuanto más se hace pesar sobre éste el cumplimiento de funciones de integración relativas a la sociedad global. Los cambios bosquejados de las otras dos componentes pueden explicar por qué los órdenes del derecho moderno sólo pueden legitimarse ya, y ello cada vez en mayor medida, recurriendo a fuentes que no los pongan en contradicción con los ideales postradicionales de vida y con las ideas postradicionales de justicia, que de antemano se han vuelto determinantes para el modo de vida personal y para la cultura. Las razones que abonan la legitimidad del derecho, so pena de disonancias cognitivas, han de estar en concordancia con los principios morales de una justicia y solidaridad universalistas, así como con los principios éticos de un modo de vida tanto de los individuos como de los colectivos, conscientemente proyectado y asumido con responsabilidad. Las ideas de autodeterminación y autorrealización no armonizan, empero, sin más entre sí. De ahí que también el derecho natural reaccione a los ideales modernos de justicia y a los ideales modernos de vida con respuestas que en cada caso ponen los acentos de forma distinta.

(4) Los derechos del hombre y el principio de soberanía popular, no son por casualidad las únicas ideas, sólo a cuya luz cabe justificar ya el derecho moderno. Pues ésas son las dos ideas en que acaban condensándose aquellos contenidos que, por así decir, son los únicos que quedan cuando la sustancia normativa de un *ethos* anclado en tradiciones religiosas y metafísicas es obligado a pasar por el filtro de las fundamentaciones postradicionales. En la medida en que los planteamientos morales y éticos se diferencian entre sí, la sustancia normativa filtrada discursivamente encuentra su acuñación en esas dos dimensiones que son la autodeterminación y la autorrealización. Entre los derechos del hombre y la soberanía popular, por un lado, y las dos mencionadas dimensiones, por otro, no puede, ciertamente, establecerse una correspondencia de tipo lineal. Pero entre ambas parejas de conceptos se dan afinidades, que pueden quedar acentuadas con más o menos fuerza. Las tradiciones políticas que para ajustarme al lenguaje de una discusión que hoy tiene lugar en Estados Unidos, llamaré, simplificando un tanto las cosas, la «liberal» y la «republicana» entienden por un lado los derechos del hombre como expresión de la autodeterminación moral y, por otro, la soberanía popular como expresión de la autorrealización ética. Conforme a esta comprensión los derechos del hombre y la

soberanía popular están más bien en una relación de competencia que de complementación mutua.

Así por ejemplo F. Michelman observa en la tradición constitucional americana una tensión entre el imperio de las leyes, impersonal, fundado en los derechos innatos del hombre, y la autoorganización espontánea de una comunidad que mediante la voluntad soberana del pueblo se da a sí misma sus leyes[27]. Pero esta tensión puede ser disuelta empujando las cosas, bien hacia un lado, bien hacia el otro. Los liberales evocan el peligro de una «tiranía de la mayoría» y postulan el primado de unos derechos del hombre que garantizan las libertades prepolíticas del individuo y trazan límites a la voluntad soberana del legislador. Los defensores de un humanismo republicano acentúan, en cambio, el valor específico y no instrumentalizable que tiene la autoorganización de los ciudadanos, de suerte que para una comunidad de por sí política los derechos del hombre sólo cobran obligatoriedad como elementos de tradiciones en cada caso propias, que han sido objeto de una apropiación consciente. Mientras que según la concepción liberal los derechos del hombre se imponen a la consideración moral como algo dado, anclado en un ficticio estado de naturaleza, conforme a la concepción republicana la voluntad ético-política de un colectivo que decide él mismo lo que quiere ser, no puede reconocer nada que no responda a su propio proyecto de vida, asumido en autenticidad. En un caso predomina el momento moral-cognitivo; en el otro, el ético-voluntativo. En cambio, Rousseau y Kant trataron de pensar de tal suerte en el concepto de autonomía la unión de razón práctica y voluntad soberana, que la idea de derechos del hombre y el principio de soberanía popular se interpretasen *recíprocamente*. Sin embargo, tampoco estos dos autores logran una conexión enteramente simétrica de las dos concepciones. Vistas las cosas en conjunto, Kant sugiere una lectura más bien liberal y Rousseau una lectura más bien republicana de la autonomía política.

Kant obtiene el «principio general del derecho» de la aplicación del principio moral a «relaciones externas» y comienza su teoría del derecho con ese derecho a iguales libertades subjetivas, dotadas de

27. F. Michelman, «Law's Republic»: *The Yale Law Journal*, t. 97 (1988), pp. 1499 s.: «Considero que el constitucionalismo americano —tal como se manifiesta en la teoría constitucional académica, en la práctica profesional de los abogados y jueces, y en la autocomprensión política corriente de los americanos en conjunto—, se basa en dos premisas concernientes a la libertad política: la primera es que los americanos son políticamente libres en la medida en que se gobiernan colectivamente a sí mismos, y la segunda es que los americanos son políticamente libres en la medida en que son gobernados por leyes y no por hombres. Pienso que ningún participante serio, no-destructivo, en el debate constitucional americano puede rechazar ninguna de estas dos profesiones de fe. Y me parece que se trata de premisas cuya problemática relación entre sí y, por tanto, cuyo sentido está sujeto a discusiones y controversias sin fin...».

facultades de ejercer coerción para hacerse respetar, que asiste a todo hombre «en virtud de su humanidad». Ese derecho original regula el «mío y tuyo internos»; al aplicarlo a lo «mío y tuyo externos» resultan de él los derechos subjetivos privados (de los cuales partirían después Savigny y la dogmática alemana del derecho civil siguiendo a Kant). Este sistema de derechos, que competen «inamisiblemente» a todo hombre y a los que «el hombre no podría renunciar aunque quisiese»[28], se legitima por principios morales, incluso antes de diferenciarse en forma de leyes públicas, es decir, se legitima con independencia de esa autonomía política de los ciudadanos que sólo se constituye con el contrato social. Por este lado los principios del derecho privado gozan ya en el estado de naturaleza de la validez de derechos morales. Por consiguiente los derechos naturales que protegen la autonomía privada del hombre, anteceden a la voluntad del legislador soberano; y por consiguiente, la soberanía de la «voluntad concordante y unida» de los ciudadanos viene restringida por derechos del hombre fundados moralmente. Pero Kant no interpretó esta vinculación de la soberanía popular a los derechos del hombre como una restricción porque partió de que nadie *puede* asentir en el ejercicio de su autonomía ciudadana a leyes que vulneran la autonomía privada asegurada por el derecho natural. Pero entonces la autonomía política habría de explicarse desde una conexión *interna* de la soberanía popular con los derechos del hombre. Y precisamente eso es lo que habría de suministrar la construcción que representa el contrato social. Pero la forma *gradual*, es decir, ese modo de proceder por pasos, que adopta la argumentación en la *Metafísica de las costumbres*, procediendo de la moral al derecho, impide que en la construcción de la teoría kantiana del derecho el contrato social ocupe la posición central que de hecho ocupa en Rousseau.

Rousseau parte de la constitución de la autonomía ciudadana y establece *a fortiori* entre la soberanía popular y los derechos del hombre una conexión interna. Como la voluntad soberana del pueblo sólo puede manifestarse y expresarse en el lenguaje que representan las leyes generales y abstractas, por su propia naturaleza lleva *inscrito* en sí ese derecho a iguales libertades subjetivas que Kant hace *preceder* a la formación de la voluntad política como un derecho del hombre, moralmente fundado. De ahí que en Rousseau el ejercicio de la autonomía política ya no quede bajo la reserva de derechos innatos; el contenido normativo de los derechos del hombre penetra más bien en (y forma parte de) el modo de ejercitación de la soberanía popular. La voluntad unidad de los ciudadanos está ligada, a través del medio que representa las leyes abstractas y generales, a un procedimiento de legislación democrática, que excluye

28. I. Kant, «En torno al tópico...», pp. 51 ss.

per se todos los intereses no susceptibles de universalización y que sólo permite regulaciones que garanticen a todos iguales libertades subjetivas. Conforme a esta idea, el ejercicio de la soberanía popular de conformidad con ese procedimiento, asegura a la vez la sustancia del «derecho original del hombre» de Kant.

Sin embargo, Rousseau no desarrolla consecuentemente esta convincente idea, porque se siente vinculado de forma más fuerte que Kant a la tradición republicana. Rousseau da a la idea de autolegislación una interpretación *ética* más bien que *moral* (en el sentido en que venimos empleando estos términos) y entiende la autonomía como la realización de la forma de vida de un pueblo concreto, conscientemente asumida. Como es sabido, Rousseau se representa la constitución contractualista de la soberanía popular como un acto, por así decir, existencial de «sociación» o «socialización», por medio del cual los individuos aislados y orientados a su propio éxito se *transforman* en ciudadanos de una comunidad ética orientados al bien común. Como miembros de un cuerpo colectivo los individuos se funden en una especie de sujeto en gran formato que es portador de la producción de normas, el cual ha roto con los intereses privados de las personas privadas, simplemente sometidas a las leyes. Rousseau lleva hasta el extremo las exigencias y aun sobreexigencias éticas a que queda sometido el ciudadano, las cuales vienen ya inscritas en el propio concepto republicano de comunidad. Cuenta con virtudes políticas que estén ancladas en el *ethos* de una comunidad abarcable, integrada a través de tradiciones culturales comunes, y más o menos homogénea. La única alternativa a ello sería la coerción estatal: «Cuanto menor sea la proporción que las voluntades particulares guardan con la general, es decir, las costumbres con las leyes, tanto más debe aumentar la fuerza represora. Por tanto el gobierno, para ser bueno, debe ser relativamente más fuerte a medida que el pueblo sea más numeroso»[29].

Pero si la praxis de la autolegislación tiene que nutrirse de este modo de la substancia ética de un pueblo que esté ya de antemano de acuerdo en sus orientaciones valorativas, Rousseau no puede explicar cómo cabría establecer una mediación entre la postulada orientación de los ciudadanos hacia el bien común y las diferenciadas constelaciones sociales de intereses de las personas privadas, cómo sin represión cabría establecer una mediación entre la voluntad general construida normativamente y el arbitrio de los individuos. Para ello sería menester un punto de vista genuinamente moral desde el que pudiese examinarse y decidirse qué es lo que, allende lo que es bueno *para nosotros*, es en interés de cada uno por igual. En la versión *ética* que da Rousseau del concepto de soberanía po-

29. J.-J. Rousseau, *Contrat Social* III, I.

pular el sentido universalista del «principio del derecho» no tiene más remedio que acabar perdiéndose.

Manifiestamente, el contenido normativo del «derecho original del hombre» no puede agotarse sólo, como supone Rousseau, en la gramática de leyes generales y abstractas. Pues el sentido de la igualdad jurídica de contenido, es decir, de la igualdad jurídico-material, que la pretensión de legitimidad del derecho moderno encierra, y que a Rousseau importa, no puede explicarse suficientemente apelando sólo a las propiedades *lógico-semánticas* de leyes generales. La forma gramatical de preceptos universales no dice nada acerca de la validez de éstos. Antes la pretensión de que una norma es en interés de todos por igual, tiene un sentido de aceptabilidad racional: todos los posibles afectados tendrían que poder asentir a ella por buenas razones. Y esto, a su vez, sólo puede averiguarse introduciéndose en las condiciones *pragmáticas* de procesos de argumentación en los que sobre la base de las informaciones pertinentes no se imponga otra cosa que la coerción del mejor argumento. Rousseau ve ya en las propiedades lógico-semánticas de *lo que* se quiere, el contenido normativo del «principio del derecho», pero en realidad a ese principio sólo se lo podría ver inscrito en, y extraerlo de, aquellas condiciones pragmáticas que determinan *cómo* se forma la voluntad política. La conexión interna que buscamos entre soberanía popular y derechos del hombre ha de radicar, pues, en el contenido normativo de un *modo de ejercicio de la autonomía política*, que no viene asegurado por la forma de leyes generales sino sólo por la forma de comunicación que representa la formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes.

Pero esta conexión permanece cerrada tanto en Kant como en Rousseau. Pues bajo las premisas de la filosofía de la conciencia la razón y la voluntad pueden quedar, ciertamente, aunadas en el concepto de autonomía, pero sólo de forma que esta facultad de autodeterminarse queda adscrita a un sujeto, bien sea el yo inteligible de la *Crítica de la razón pura*, bien sea el pueblo de *El contrato social*. Si la voluntad racional sólo puede formarse en el sujeto particular (ésta es la idea de Kant), entonces la autonomía moral del sujeto particular tiene que penetrar a través de la autonomía política de la voluntad unida de todos, asegurando así de antemano en términos de derecho natural la autonomía privada de cada uno. Si la voluntad racional sólo puede formarse en el sujeto en gran formato que es un pueblo o una nación (ésta es la idea de Rousseau), la autonomía política tiene que ser entendida como la realización autoconsciente de la esencia ética de una comunidad concreta; y la autonomía privada sólo podrá protegerse ya de la fuerza arrolladora de la autonomía política mediante la forma de no-discriminación que representan las leyes generales. Pero ambas concepciones yerran la fuerza

legitimatoria que posee una formación discursiva de la opinión y la voluntad políticas, en la que la capacidad ilocucionaria de establecer vínculos que tiene el empleo de lenguaje orientado al entendimiento se emplee para aunar razón y voluntad y para llegar a convicciones en las que todos los individuos puedan estar de acuerdo sin coerciones.

Pero si los discursos (y, como veremos, las negociaciones cuyos procedimientos vienen fundados discursivamente) constituyen el lugar en el que se puede formar una voluntad racional, la legitimidad del derecho se basa en última instancia en un mecanismo comunicativo: como participantes en discursos racionales los miembros de una comunidad jurídica han de poder examinar si la norma de que se trate encuentra, o podría encontrar, el asentimiento de todos los posibles afectados. Por tanto, la conexión interna que buscamos entre soberanía popular y derechos del hombre consiste en que en el «sistema de los derechos» se recogen exactamente las condiciones bajo las que pueden a su vez institucionalizarse jurídicamente las formas de comunicación necesarias para una producción de normas políticamente autónoma. El sistema de los derechos no puede hacerse derivar ni de una lectura moral de los derechos del hombre ni tampoco de una lectura ética de la soberanía popular, porque la autonomía privada de los ciudadanos no puede ni sobreordenarse ni subordinarse a su autonomía política. Las intuiciones normativas que vinculamos con los derechos del hombre y la soberanía popular sólo pueden hacerse valer sin mermas y sin recortes en el sistema de los derechos si partimos de que el derecho a iguales libertades subjetivas de acción, ni puede simplemente imponerse al legislador soberano como límite externo, ni tampoco ser instrumentalizado como requisito funcional para sus fines. La cooriginalidad de autonomía privada y autonomía pública muéstrase sólo cuando desciframos y desgranamos en términos de teoría del discurso la figura de pensamiento que representa la «autolegislación», figura conforme a la cual los destinatarios son a la vez autores de sus derechos. La sustancia de los derechos del hombre se encierra entonces en las condiciones formales de la institucionalización jurídica de ese tipo de formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes, en el que la soberanía popular cobra forma jurídica.

II

(1) Por las dos líneas de historia de la teoría, a saber, por la línea de la dogmática del derecho civil y por la del derecho natural racional, hemos analizado dificultades que pueden explicarse por déficits similares: la conexión interna entre derecho subjetivo y derecho obje-

tivo, por un lado, entre autonomía privada y autonomía pública, por otro, sólo se nos abre si tomamos en serio y hacemos explícita adecuadamente la estructura intersubjetiva de los derechos y la estructura comunicativa de la autolegislación. Pero antes de poder emprender este intento y de poder introducir el sistema de los derechos en términos de teoría del discurso, hay que aclarar la relación entre derecho y moral. Pues las dificultades analizadas no descansan exclusivamente en inadecuadas decisiones conceptuales, debidas al empleo de unas categorías ligadas a la filosofía de la conciencia, sino también en la hipoteca que el derecho natural racional moderno asumió del derecho natural tradicional al mantener la distinción entre derecho positivo y derecho natural. El derecho natural racional moderno se atiene a una duplicación del concepto de derecho, que, considerada sociológicamente, carece de plausibilidad y, considerada normativamente, tiene consecuencias inaceptables. Parto de que, en el nivel postmetafísico de fundamentación, se separan simultáneamente de la eticidad tradicional normas jurídicas y normas morales y se presentan *las unas junto a las otras* como dos clases de normas distintas pero que se complementan mutuamente. Correspondientemente, el concepto de autonomía debe articularse de forma tan abstracta que pueda adoptar, en relación con una u otra clase de normas de acción, una forma específica para cada una de ellas, a saber, por un lado, como principio moral, y por otro, como principio democrático. Si se evita de esta forma un estrechamiento del concepto de autonomía, de modo que no se lo reduzca a términos de teoría moral, el principio kantiano del derecho pierde su función mediadora; en lugar de eso sirve a la clarificación de los aspectos bajo los que las reglas jurídicas se distinguen de las morales. También los derechos del hombre que vienen inscritos en la práctica democrática de la autodeterminación, habrán de entenderse entonces de antemano como derechos en sentido jurídico, con independencia de su contenido moral.

En su Introducción a *La metafísica de las costumbres* Kant procede de otro modo. Parte del concepto básico que es la ley moral de la libertad y obtiene de él las leyes jurídicas por vía de *restricción* o *substracción*. La teoría moral le proporciona los conceptos superiores: voluntad y arbitrio, acción y móvil, deber e inclinación, ley y legislación sirven ante todo a definir el juicio y la acción morales. En la teoría del derecho estas categorías morales experimentan restricciones en tres dimensiones. Según Kant el concepto de derecho no se refiere primariamente a la voluntad libre de los destinatarios, sino a su *arbitrio*, se extiende a las *relaciones externas* de una persona con las demás y, finalmente, implica la facultad de ejercer *coerción*, facultad que se está justificado ejercitar contra el otro en caso de intrusión. El «principio del derecho» restringe desde estos tres

puntos de vista el principio moral. Y una vez efectuada esta restricción, en la legislación jurídica no hace sino *reflejarse* la legislación moral, en la legalidad la moralidad, en los deberes jurídicos los deberes de la virtud, etc.

En esta construcción subyace la representación platónica de que el orden jurídico no hace sino reflejar y concretizar en el mundo fenoménico el orden inteligible de un «reino de los fines». Aun con independencia de los supuestos metafísicos de fondo en los que estriba Kant, en esta duplicación del derecho en derecho positivo y derecho natural pervive una herencia platónica, a saber, la intuición de que la comunidad ideal de los sujetos capaces de responder moralmente de sus actos —la comunidad ilimitada de comunicación desde Josiah Royce hasta Apel[30]— penetra, a través del medio que representa el derecho, en los límites del tiempo histórico y del espacio social y cobra como comunidad jurídica una forma concreta localizada en el espacio y en el tiempo. Esta intuición no es falsa en todos los respectos, pues un orden jurídico sólo puede ser legítimo si no contradice a principios morales. El derecho positivo, a través de la componente de legitimidad que representa la validez del derecho, conserva una referencia a la moral. Pero esta referencia a la moral no debe llevarnos a poner la moral por encima del derecho en el sentido de una jerarquía entre dos órdenes normativos. La idea de una *hierarchia legum* pertenece al mundo del derecho premoderno. La moral autónoma y el derecho positivo, remitido estructuralmente este último a la necesidad de justificarse, guardan más bien entre sí una *relación de complementariedad.*

Consideradas las cosas sociológicamente, ambos, derecho y moral, se separaron simultáneamente de aquel *ethos* social global en que estaban todavía fundidos o entrelazados entre sí derecho tradicional y ética de la ley. Con la quiebra de los fundamentos sacros de este entramado que formaban derecho, moral y eticidad, se inician procesos de diferenciación. En el nivel del saber cultural se separan, como hemos visto, las cuestiones jurídicas de las cuestiones morales y éticas. En el nivel institucional el derecho positivo se separa de los usos y costumbres, reducidos ahora a puras convenciones. Las cuestiones jurídicas y las cuestiones morales se refieren, ciertamente, a los mismos problemas: el de cómo ordenar legítimamente las relaciones interpersonales y cómo coordinar entre sí las acciones a través de normas justificadas, el de cómo solucionar consensualmente los conflictos de acción sobre el trasfondo de principios normativos y reglas intersubjetivamente reconocidos. Pero se refieren a los mismos problemas de forma distinta en ambos casos. Pese al común

30. J. Royce, *The Spirit of Modern Philosophy*, Boston, 1892.

punto de referencia la moral y el derecho se distinguen *prima facie* en que la moral postradicional no representa más que una forma de saber cultural, mientras que el derecho cobra a la vez obligatoriedad en el plano institucional. El derecho no es sólo un sistema de símbolos, sino un sistema de acción.

La idea, de base empírica, de que los órdenes jurídicos complementan cooriginalmente a una moral que se ha vuelto autónoma, no se aviene ya con la idea platónica de una especie de relación de copia entre derecho y moral, como si nos limitásemos a proyectar una misma figura geométrica en distintos planos de representación. Por eso los derechos fundamentales que aparecen en la forma positiva de normas constitucionales, no podemos entenderlos como simples copias de derechos morales, ni la autonomía política como una mera copia de la autonomía moral. Antes las normas generales de acción *se ramifican en* reglas morales y reglas jurídicas, es decir, se dividen en esas dos clases de reglas complementarias pero independientes. Desde puntos de vista normativos, a esto responde el supuesto de que la autonomía moral y la autonomía ciudadana son cooriginales y pueden explicarse con ayuda de un económico principio de discurso, que no expresa otra cosa que el sentido de las exigencias postconvencionales de fundamentación. Este principio, al igual que el propio nivel postconvencional de fundamentación, en el que la eticidad substancial se desmorona en sus componentes, tiene, ciertamente, un contenido normativo, pues expresa el sentido de la imparcialidad de los juicios prácticos. Pero se mueve a un nivel de abstracción que, pese a ese contenido normativo, es todavía neutral frente a la moral y el derecho; pues se refiere a normas de acción en general:

D: Válidas son aquellas normas (y sólo aquellas normas) a las que todos los que puedan verse afectados por ellas pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales.

En esta formulación se contienen conceptos básicos que necesitan de explicación. El predicado «válido» se refiere a normas de acción y a los correspondientes enunciados normativos generales o universales; expresa un sentido inespecífico de validez normativa, que es todavía indiferente frente a la distinción entre moralidad y legitimidad. Por «normas de acción» entiendo las expectativas de comportamiento generalizadas en la dimensión temporal, en la social y en la de contenido. «Afectado» llamo a cualquiera a quien puedan concernir en sus intereses las consecuencias a que presumiblemente pueda dar lugar una práctica general regulada por normas. Y por «discurso racional» entiendo *toda* tentativa de entendimiento acerca de pretensiones de validez que se hayan vuelto

problemáticas, en la medida en que esa tentativa tenga lugar bajo condiciones de comunicación que dentro de un ámbito público constituido y estructurado por deberes ilocucionarios posibiliten el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y razones. Indirectamente esa expresión se refiere también a las «negociaciones», en la medida en que éstas vengan reguladas también por procedimientos discursivamente fundados.

Pero para una versión suficientemente abstracta de 'D' es importante que el tipo de temas y contribuciones y la clase de «razones» que en cada caso «cuenten» no se vean restringidos *a priori*. Pues el principio moral sólo resulta de una especificación del principio general de discurso para aquellas normas de acción que *sólo* pueden justificarse desde el punto de vista de si se tienen en cuenta por igual los intereses de todos. El principio democrático resulta de una correspondiente especificación del principio 'D' o «principio de discurso» para aquellas normas de acción que se presentan en forma de derecho y que pueden justificarse con ayuda de razones pragmáticas, de razones ético-políticas y de razones morales, y no sólo con ayuda de razones morales. Anticipando el análisis del capítulo siguiente, sólo quiero señalar para aclaración de esto último, que el tipo de razones se sigue de la lógica de la clase de cuestión de que se trate. En el caso de cuestiones morales la humanidad, o vale decir: la suposición de una república de ciudadanos del mundo, constituye el punto de referencia para la fundamentación de reglas que sean en interés de todos por igual. Las razones decisorias tienen en principio que poder ser aceptadas por cualquiera. En las cuestiones ético-políticas la forma de vida de la comunidad política «en cada caso nuestra» constituye el punto de referencia para la fundamentación de regulaciones que se consideren expresión de una autocomprensión colectiva conscientemente ejercitada. Las razones decisorias tienen en principio que poder ser aceptadas por los miembros que comparten «nuestras» tradiciones y valoraciones fuertes. Las pugnas y conflictos de intereses hacen menester que se busque un punto de equilibrio entre las diversas actitudes valorativas y constelaciones de intereses, que compiten entre sí. En este caso es la totalidad de los grupos sociales o subculturales directamente implicados el sistema de referencia para la negociación de compromisos. Éstos, si se obtienen en condiciones de negociación que puedan considerarse equitativas, tienen en principio que poder ser aceptados por todas las partes, aun cuando las razones de esa aceptación puedan ser distintas para cada uno.

En mis estudios publicados hasta ahora sobre «ética del discurso» no he diferenciado suficientemente entre «principio de discurso» y «principio moral». El principio de discurso sólo explica el punto de vista desde el que pueden *fundamentarse imparcialmente* normas de

acción, para lo cual parto de que el principio mismo se funda en las relaciones simétricas de reconocimiento inscritas en las formas de vida comunicativamente estructuradas. La introducción del principio de discurso presupone ya que las cuestiones prácticas pueden en general enjuiciarse imparcialmente y decidirse racionalmente. Este presupuesto no es trivial; su justificación permanece reservada a una investigación articulada en términos de teoría de la argumentación, sobre la que volveré, si bien sólo a título provisional, en el capítulo siguiente. Conduce, según sea la lógica del tipo de cuestión de que se trate y la correspondiente clase de razones, a la distinción entre distintos tipos de discurso (y de negociaciones reguladas en términos procedimentales). Y, por cierto, para cada tipo de discurso habrá que mostrar conforme a qué reglas pueden responderse las correspondientes cuestiones, según se trate de cuestiones pragmáticas, de cuestiones éticas o de cuestiones morales[31]. Estas reglas de argumentación operacionalizan, por así decir, el principio de discurso. En los discursos en que se trata de cuestiones morales, el principio de discurso cobra la forma de un principio de universalización. En este aspecto el principio moral desempeña el papel de una regla de argumentación. En términos de pragmática formal se lo puede fundamentar como forma de reflexión de la acción comunicativa, partiendo para ello de los presupuestos universales de la argumentación[32]. Pero aquí no puedo entrar en este tema. En los «discursos de aplicación» el «principio moral» se complementa con un «principio de adecuación». De esto nos ocuparemos aún al hablar de los discursos jurídicos de aplicación[33]. Pero en nuestro contexto, lo importante por el momento son los aspectos bajo los que el principio democrático puede distinguirse del principio moral.

Aquí es menester proceder con precaución. Pues en esta encrucijada no debe sucumbirse a una sugestión, conforme a la que la moral sólo se extendería a las relaciones sociales de las que ha de responderse personalmente, y el derecho y la justicia política a los ámbitos de interacción institucionalmente articulados[34]. El principio moral entendido en términos de teoría del discurso transciende ya los límites entre ámbitos de la vida privados y públicos, límites que son históricamente fortuitos y que discurren de modo distinto conforme a las distintas estructuras sociales; el principio moral, en la versión que le damos, toma en serio el sentido universalista de la validez de las reglas morales al exigir que la «asunción ideal de rol» que, según Kant, la efectúa cada individuo en particular y *privatim*, se convierta en una praxis pública, ejercitada por todos en común. Por lo demás, una división regional de las competencias de la moral y el derecho conforme a ámbitos de acción privados y públicos, resulta ya contraintuitiva por el simple hecho de que la formación de la voluntad del legislador político se extiende también a los aspectos morales de las materias necesitadas de regulación. Pues en las sociedades complejas la moral sólo puede tener efectividad allende el ámbito de lo próximo si queda traducida al código jurídico o código («justo» jurídico/«injusto» jurídico) con que funciona el derecho*.

31. J. Habermas, «Zum pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft», en Id., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 100-118.

32. Cf. W. Rehg, «Discourse and the Moral Point of View: Deriving a Dialogical Principle of Universalization»: *Inquiry* 34 (1991), pp. 27-48; Id., *Insight and Solidarity, The Idea of a Discourse Ethics*, tesis doctoral, Northwestern University, Evanston, 1991.

33. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988; J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, pp. 137-142. Cf. más abajo cap. V, pp. 286 ss.

34. En este sentido, A. Wellmer (en *Ética y diálogo*, Barcelona, 1994) opone al principio moral, que habría que aplicar en términos privados, un principio de justicia que regularía la formación común de la voluntad política. O. Höffe (*Politische Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1987, p. 41) trata de distinguir en términos similares el punto de vista moral del punto de vista de la justicia política.

Para obtener criterios claros en lo tocante a la distinción entre principio democrático y principio moral, parto de la circunstancia de que la finalidad del principio democrático es fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas. Pues lo único que dice es que sólo pueden pretender validez legítima las normas jurídicas que en un proceso discursivo de producción de normas jurídicas, articulado a su vez jurídicamente, puedan encontrar el asentimiento de todos los miembros de la comunidad jurídica. Con otras palabras, el principio democrático explica el sentido realizativo de la práctica de la autodeterminación de los miembros de una comunidad jurídica que se reconocen unos a otros como miembros libres e iguales de una asociación en la que han entrado voluntariamente. De ahí que el principio democrático radique y se mueva en un *nivel distinto* que el principio moral.

Mientras que el principio moral desempeña el papel de una regla de argumentación para la decisión racional de cuestiones mora-

* *Nota del traductor*: la expresión que Habermas utiliza aquí (*Rechtskode*) la toma de N. Luhmann. Éste distingue entre el *Rechtssystem*, es decir, el sistema jurídico como sistema de acción, el *Rechtskode*, es decir, el código con que opera el sistema jurídico, esto es, la distinción *recht/unrecht* («justo» jurídico/«injusto» jurídico), y los *Rechtsprogramme*, es decir, los programas jurídicos, principalmente las leyes, que definen la utilización correcta del código «justo» jurídico/«injusto» jurídico. En este capítulo y en todo el libro en general Habermas utiliza la expresión *Rechtskode* en un doble sentido; primero: el código con que opera el derecho, esto es, la distinción justo/injusto; segundo: el derecho como código especial o como lenguaje especializado al igual que los códigos especiales que representan el «dinero» y el «poder»; traduzco, por tanto, la expresión *Rechtskode*, según los contextos, por «el código con que opera el derecho», «el código que es el derecho», o simplemente por «código jurídico», siendo a veces difícil la opción por una de estas tres traducciones que siempre se refieren a *Rechtskode* en los sentidos indicados. Cf., por ejemplo, N. Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, Opladen, 1986, pp. 89 ss.; Id., «Positivität als Selbstbestimmtheit des Rechts»: *Rechtstheorie* 19 (1988), p. 22.

les, el principio democrático presupone ya la posibilidad de decidir racionalmente las cuestiones prácticas, y, por cierto, la posibilidad de *todas* las clases de fundamentaciones efectuables en discursos (y en negociaciones reguladas por procedimientos), a las que se debe la legitimidad de las leyes. El principio democrático no da, por tanto, respuesta alguna a la cuestión —que hay que aclarar previamente en términos de teoría de la argumentación— de si, y cómo, los asuntos políticos pueden en general tratarse discursivamente. Bajo el presupuesto de que es posible una formación racional de la opinión y la voluntad políticas, el principio democrático dice sólo cómo puede institucionalizarse ésta, a saber, mediante un sistema de derechos que asegure a cada uno la igual participación en tal proceso de producción de normas jurídicas, el cual venga a la vez garantizado en lo que respecta a sus presupuestos comunicativos. Mientras que el principio moral opera en el plano de la estructura *interna* de un determinado juego de argumentación, el principio democrático se refiere al plano de la institucionalización *externa*, es decir, efectiva y operante en lo que se refiere a la acción, de la participación (dotada de los mismos derechos) en una formación discursiva de la opinión y la voluntad política que se efectúe en formas de comunicación garantizadas a su vez jurídicamente.

La diferencia de niveles de referencia es uno de los puntos de vista desde el que el principio democrático puede distinguirse del principio moral. El otro es la diferencia entre normas jurídicas y el resto de las normas de acción. Mientras que el principio moral se extiende a todas las normas de acción que sólo puedan justificarse con ayuda de argumentos morales, el principio democrático está cortado a la medida de las normas jurídicas. Éstas reglas no proceden de ese fondo de interacciones simples, más o menos cuasi-naturales, con las que, por así decir, ya nos encontramos siempre ahí. La forma jurídica, de la que estas normas han sido revestidas, sólo se desarrolló en el curso de la evolución social. Frente a las reglas de interacción cuasi-naturales que sólo pueden enjuiciarse desde el punto de vista moral, las normas jurídicas tienen un carácter artificial, constituyen una capa de normas de acción intencionalmente generada, reflexiva, es decir, aplicable a sí misma. De ahí que el principio democrático tenga no sólo que fijar un procedimiento de producción legítima de normas jurídicas, sino que tenga que *regular y controlar también al propio medio que es el derecho*. Desde el punto de vista del principio de discurso hay que fundamentar qué condiciones han de satisfacer los derechos en general, si han de resultar aptos para la constitución de una comunidad jurídica y han de resultar aptos como medio en que se efectúe la autoorganización de esa comunidad. De ahí que junto con el sistema de los derechos haya de crearse a la vez el lenguaje en el que esa comunidad pueda entenderse como una asociación voluntaria de miembros iguales y libres de esa comunidad *jurídica*.

Los dos aspectos bajo los que hemos distinguido el principio democrático del principio moral responden, pues, a dos tareas que el sistema de derechos que buscamos ha de cumplir. Ese sistema no sólo tiene que institucionalizar una formación racional de la voluntad política, sino también garantizar el medio mismo en el que ésta pueda expresarse como voluntad común de los miembros de una comunidad jurídica que pueda entenderse como resultado de una asociación libre. Para especificar estas dos tareas, hemos de precisar las características que, en punto a forma, tienen las normas jurídicas de acción.

(2) Las determinaciones formales o características formales del derecho, es decir, las características del derecho en lo tocante a forma, las explicaré en lo que sigue recurriendo a la relación de complementariedad entre moral y derecho. Esta explicación forma parte de una explicación *funcional*, no de una fundamentación normativa del derecho. Pues la forma jurídica no es un principio que pueda «fundamentarse», ya sea en términos epistémicos, ya sea en términos normativos. Kant, como hemos dicho, había caracterizado ya la legalidad o juridiformidad de formas de acción recurriendo a tres abstracciones que hacen referencia a los destinatarios, no al autor del derecho. El derecho abstrae, en primer lugar, de la capacidad de los destinatarios para ligar por propia iniciativa su propia *voluntad* (racional) y cuenta sólo con su (de ellos) *arbitrio*. El derecho abstrae además de la complejidad que los planes de acción a los que afecta, cobran en el mundo de la vida en que están insertos y se restringe a la *relación externa* que representa la operación que actores que vienen definidos conforme a características sociales típicas puedan ejercer unos sobre otros. El derecho abstrae, finalmente, del *tipo de motivación* y se contenta con que la acción se conforme a la regla, cualesquiera sean los motivos de esa conformidad.

Con las formas de acción así recortadas en términos de legalidad o juridiformidad se corresponde el *status*, también específicamente restringido, que tienen los propios sujetos jurídicos. Las normas morales regulan relaciones interpersonales y conflictos interpersonales entre personas naturales o físicas, que se reconocen como miembros de una comunidad concreta a la vez como individuos incanjeables[35]. Tienen como destinatarios a personas que vienen individuadas por su propia biografía. Las normas jurídicas, en cambio, regulan relaciones interpersonales y conflictos interpersonales entre actores que se reconocen como miembros de una comu-

35. L. Wingert, *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt a. M., 1993.

nidad abstracta, a saber, de la comunidad que empieza siendo generada por esas mismas normas jurídicas. También ellas tienen como destinatarios a sujetos individuales, pero a sujetos que ya no vienen individuados por su identidad personal desarrollada en términos biográficos, sino por su capacidad de ocupar el lugar de miembros (definidos mediante rasgos sociales típicos) de una comunidad jurídicamente constituida. Desde la perspectiva de los destinatarios, en la relación jurídica se abstrae, pues, de la capacidad de una persona de ligar ella misma su voluntad por convicción y visión normativas; de entrada sólo se le supone y exige la capacidad de tomar decisiones racionales con arreglo a fines, es decir, libertad de arbitrio[36]. De esta reducción de la voluntad libre capaz de responsabilidad moral (y ética) al arbitrio de un sujeto jurídico determinado en cada caso por sus propias preferencias, se sigue el resto de los aspectos de la legalidad. Sólo materias que se extienden a las relaciones externas pueden ser reguladas jurídicamente. Pues el comportamiento conforme con las reglas, hay que imponerlo coercitivamente cuando ello es menester. Ello explica, a su vez, el efecto de individualización, particularización e incluso aislamiento que tiene la forma jurídica, efecto que, empero, no desmiente los fundamentos intersubjetivos del derecho como tal.

Aun cuando el concepto kantiano de legalidad se revela como un hilo conductor útil para el análisis de las características o determinaciones formales del derecho, los aspectos de la legalidad no debemos entenderlos como restricciones de la moral; antes trataré de hacerlos inteligibles desde la relación de complementariedad entre moral y derecho, que nos viene sugerida por la Sociología: la constitución de la forma jurídica se vuelve necesaria para compensar los déficits que surgen con el desmoronamiento de la eticidad tradicional. Pues la moral autónoma, basada sólo en fundamentos racionales, no puede responder ya de otra cosa que de la corrección de los juicios morales. Con el tránsito al nivel de fundamentación postconvencional la conciencia moral se desliga del conjunto de prácticas consagradas por la tradición, mientras que el *ethos* social global queda rebajado a pura convención, a costumbre y derecho consuetudinario.

36. Esta abstracción tiene un significado asegurador de la libertad. El *status* de persona jurídica protege la esfera en la que puede desarrollarse libremente una persona concreta, de forma moralmente responsable y conduciendo a la vez éticamente su vida. La reducción de la persona jurídica a un portador de derechos subjetivos individuado por su libertad de arbitrio cobra, ciertamente, ella misma un sentido moral y ético en la medida en que la garantía jurídica de libertades subjetivas asegura una esfera para un modo de vida consciente y autónomo. El derecho actúa como una especie de «máscara protectora» (H. Arendt) ante la fisonomía de la persona individuada por su propia biografía, que quiere actuar con conciencia y vivir en autenticidad; cf. sobre esto R. Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit* (manuscrito), Frankfurt a. M., 1994.

Una moral racional adopta un comportamiento fundamentalmente crítico respecto a todas esas orientaciones de acción cuasinaturales, consideradas obvias de por sí, perpetuadas en términos de institución, y ancladas motivacionalmente mediante patrones de socialización. En cuanto una alternativa de acción, junto con su base o trasfondo normativo, queda expuesta a la mirada escudriñadora de tal moral, se ve arrastrada al remolino de la problematización. La moral racional se especializa en cuestiones de justicia y considera fundamentalmente *todo* bajo el tajantemente clarificador, pero estrecho, cono de luz que representa la universalizabilidad. La moral racional tiene por *telos* el enjuiciamiento imparcial de conflictos de acción moralmente relevantes, y posibilita, por tanto, un saber, que, ciertamente, sirve de orientación en la acción, pero que no *dispone* ya de por sí a la acción correcta. La moral racional, sublimada en saber, viene representada, al igual que todo saber, en el nivel de la cultura; tiene de entrada el modo de existencia propio del contenido semántico de los símbolos culturales, que pueden entenderse e interpretarse, transmitirse y reelaborarse críticamente. Naturalmente, esa moral que libremente flota en el plano de la cultura, se refiere a acciones *posibles*; pero de por sí, por así decirlo, ya no mantiene ningún contacto ni con los motivos, que son los que confieren a los juicios morales fuerza tractora para convertirse en práctica, ni con las instituciones, que cuidan de que se pongan en práctica las expectativas morales justificadas. La referencia a la acción por parte de tal moral que se ha retraído a sí misma al sistema cultural, permanecerá virtual, mientras no sea actualizada por los propios agentes al quedar motivados para ello. A tal fin éstos tienen que estar dispuestos a actuar en conciencia. De ahí que una moral racional dependa de procesos de socialización que resulten favorables, esto es, que den lugar a instancias de conciencia correspondientes, es decir, que produzca formaciones del super-ego que se correspondan con dicha moral. Además de la fuerza motivacional débil que tienen las buenas razones, esa moral sólo puede cobrar eficacia en la acción a través del anclaje internalizador de principios morales en el sistema de la personalidad.

La transferencia del saber a la acción permanece incierta a causa de la fragilidad del modo de autorregulación o autocontrol de los sujetos que actúan moralmente, modo que resulta arriesgado por discurrir a través de elevadas abstracciones, y sobre todo a causa de lo no muy probables que resultan procesos de socialización que fomenten tan exigentes competencias. Una moral que se ve remitida a, y no tiene más remedio que depender de, el substrato favorable que representan estructuras de la personalidad adecuadas, permanecería bien restringida en su eficacia, si no pudiese alcanzar los motivos del agente aun por otra vía *distinta* que la de la internalización, justo por

la vía de la institucionalización de un sistema jurídico que *complemente* la moral racional de forma eficaz para la acción. El derecho es ambas cosas a la vez: un sistema de saber y un sistema de acción; cabe entenderlo como un texto de proposiciones e interpretaciones normativas, y también como institución, es decir, como un complejo de elementos regulativos de la acción. Como en el derecho en tanto que sistema de acción se entrelazan entre sí motivos y orientaciones valorativas, los preceptos jurídicos cobran una eficacia inmediata para la acción, que falta a los juicios morales. Pero, por otro lado, las instituciones jurídicas se distinguen de los órdenes institucionales cuasinaturales por su racionalidad comparativamente alta, pues en ellos cobra forma estable y fija un sistema de saber dogmáticamente elaborado y configurado, y vinculado con una moral regida por principios. Y porque el derecho queda de esta forma establecido en el nivel que representa la cultura y simultáneamente en el nivel que representa la sociedad, puede *compensar* las debilidades de una moral racional que primariamente sólo está presente como saber.

La persona que juzga y actúa moralmente tiene que apropiarse autónomamente ese saber, elaborarlo y traducirlo a la práctica. Queda sometida por tanto a inauditas exigencias (*a*) cognitivas, (*b*) motivacionales y (*c*) organizativas, de las que precisamente queda *descargada* como persona jurídica.

(*a*) La moral racional no puede proporcionar otra cosa que un procedimiento para el enjuiciamiento imparcial de cuestiones en disputa. No puede señalar un catálogo de deberes, y ni siquiera una serie de normas jerárquicamente ordenadas, sino que exige a los sujetos que se formen su propio juicio. La libertad comunicativa de éstos, desencadenada en discursos morales, sólo conduce además a convicciones y resultados falibles en la pugna de interpretaciones. Y ni siquiera son en primera línea los problemas de fundamentación de normas los que resultan difíciles de abordar y elaborar. Pues normalmente lo controvertido no son los principios mismos que convierten en obligación el igual respeto por todos, la justicia distributiva, la benevolencia y la caridad para con los necesitados de ayuda, la lealtad, la sinceridad, etc. Antes es el carácter abstracto de estas normas altamente generalizadas lo que provoca problemas de aplicación tan pronto como algún conflicto apremiante transciende el ámbito próximo de las interacciones a que estamos habituados, insertas en contextos que nos resultan familiares. La decisión de ese caso de conflicto, concreto, pero difícilmente abarcable en todas sus ramificaciones, exige operaciones complejas. Por un lado, las características relevantes de la situación han de descubrirse y describirse a la luz de normas que, aunque todavía indeterminadamente, compiten unas con otras para ser aplicadas al caso; y por otro, a la luz de una descripción lo más completa posible de la situación ha de elegirse, interpretarse y

aplicarse la norma adecuada. En caso de cuestiones complejas los problemas de fundamentación y aplicación desbordan a menudo la capacidad analítica del individuo. Esta *indeterminidad cognitiva* que caracteriza a la moral racional, queda absorbida por la facticidad de la producción del derecho. El legislador político determina qué normas han de valer como derecho y los tribunales resuelven para todas las partes, de forma razonada a la vez que definitiva, la disputa de interpretación acerca de la aplicación de normas válidas, pero necesitadas de interpretación. El sistema jurídico quita a las personas jurídicas, consideradas éstas en su papel de destinatarios, el poder de definición en lo tocante a los criterios de enjuiciamiento de lo que es justo e injusto. Desde el punto de vista de la complementariedad de derecho y moral, el procedimiento parlamentario de producción legislativa, la praxis institucionalizada de las decisiones judiciales y el trabajo profesional de una dogmática jurídica que precisa las reglas y sistematiza las decisiones, significan para el individuo un alivio y descarga frente a las cargas cognitivas que representa para él el tener que formarse sus propios juicios morales.

(*b*) Pero la moral racional no solamente carga al individuo con el problema de decidir conflictos de acción, sino también con expectativas concernientes a su propia fuerza de voluntad. Por un lado el individuo en situaciones de conflicto ha de estar dispuesto a buscar una solución consensual, es decir, entrar en discursos o, sustitutivamente, representárselos monológicamente. Por otro lado, ha de procurarse la suficiente fuerza como para actuar conforme a lo que moralmente ha decidido, llegado el caso, incluso contra su propio interés, es decir, ha de poner en consonancia deber e inclinación. El agente en tanto que agente, ha de ponerse de acuerdo o en concordancia a sí mismo consigo mismo en tanto que destinatario de los preceptos morales. A la *indeterminidad cognitiva* del juicio gobernado por principios se añade, pues, la incertidumbre motivacional acerca de la acción dirigida por principios conocidos. Pues bien, también esta segunda indeterminidad queda absorbida por la facticidad de la producción de normas jurídicas. Una moral racional, en la medida en que no esté suficientemente anclada en los motivos y actitudes de sus destinatarios, depende de un derecho que imponga coercitivamente el comportamiento conforme con la norma, dejando al arbitrio del agente motivos y actitudes. El derecho coercitivo dota a las expectativas normativas de amenazas de sanción, de suerte que los destinatarios pueden restringirse a consideraciones de prudencia acerca de las consecuencias que para sus intereses van a tener sus acciones.

Además, del problema de la debilidad de la voluntad se sigue otro problema, el de la *exigibilidad*. Pues de acuerdo con una moral racional, los individuos examinan la validez de las normas suponiendo que éstas van a ser seguidas fácticamente por cualquiera.

Pero si han de considerarse válidas precisamente aquellas normas que, en el supuesto de una práctica de observancia *general* de la norma, merecen el asentimiento racionalmente motivado de todos los afectados, no puede *exigirse* a nadie el atenerse a una norma válida mientras no se cumpla el mencionado supuesto. Todos tienen que poder esperar de todos la observancia de las normas válidas. Las normas válidas sólo son exigibles si pueden de verdad imponerse y hacerse valer contra el comportamiento desviante.

(*c*) Un tercer problema, el de la *atribuibilidad de obligaciones*, resulta del carácter universalista de la moral racional, especialmente en lo que respecta a los deberes positivos, los cuales, a menudo —y con tanta más frecuencia cuanto más compleja es la sociedad— exigen esfuerzos cooperativos o la puesta en juego de organizaciones. Un deber inequívoco como es por ejemplo el de salvar al prójimo (y, por tanto, también al prójimo anónimo) de morir de hambre, contrasta a todas luces con el hecho de que millones de habitantes del Primer Mundo dejan perecer de hambre a cientos de miles de hombres en las regiones más depauperadas del Tercer Mundo. Pero incluso la ayuda de tipo caritativo o humanitario sólo puede canalizarse en estos casos a través de vías organizativas; el trasvase de medios de alimentación y medicamentos, de ropa e infraestructura, supera con mucho la iniciativa y ámbitos de acción de los individuos particulares. Y una ayuda no ya sólo de tipo humanitario sino que supusiese una mejora estructural exigiría incluso, como muestran muchos estudios, un nuevo orden económico internacional. Problemas similares que sólo pueden resolverse por instituciones, se plantean, naturalmente, en la propia región de uno e incluso en el propio vecindario de uno. Cuanto más se asienta la conciencia moral sobre orientaciones valorativas universalistas, tanto mayor se vuelve la discrepancia entre exigencias morales incontrovertidas, por un lado, y coerciones administrativas y resistencias al cambio, por otro. Sucede, por tanto, que esas exigencias morales que sólo pueden cumplirse a través de cadenas anónimas de acción y de la actuación de organizaciones, sólo pueden tener destinatarios unívocos dentro de un sistema de reglas susceptibles de un escalonamiento reflexivo. Sólo el derecho es *de por sí* reflexivo en este sentido; contiene reglas secundarias que sirven a la generación de normas primarias de regulación o control del comportamiento. Puede establecer competencias y fundar organizaciones, puede establecer un sistema de asignación de obligaciones que no sólo se refiera a personas jurídicas naturales o físicas, sino también a sujetos jurídicos ficticios, como son organismos e institutos.

Esta cuestión de la división moral del trabajo[37] señaliza (de forma similar a como lo hacen los problemas que hemos tratado con-

37. H. Shue, «Mediating Duties»: *Ethics* 98 (1988), pp. 687-704.

cernientes a la decidibilidad en el conflicto de interpretaciones, a la debilidad de la voluntad y a la exigibilidad) límites de la moral posconvencional que justifican funcionalmente su complementación por el derecho. Otro problema es el que resulta de que el nivel postconvencional de fundamentación en que se mueve la moral racional, priva de sus bases de legitimidad a instituciones que hasta ahora venían consagradas por la tradición. Pues en cuanto los estándares morales, ahora más exigentes, ya no se prestan a que uno se habitúe a ellos de forma aproblemática e ingenua, se ponen en marcha problematizaciones que someten a las instituciones devaluadas a la presión de tener que justificarse. Pero la moral, que suministra los puntos de vista para proceder a un enjuiciamiento «desencantador» de las instituciones existentes, no ofrece por su parte ningún asidero *operativo* para su reconstrucción. Para tal fin está en reserva el derecho positivo como sistema de acción, que puede ocupar el lugar de otras instituciones.

Pero el derecho ofrécese no sólo para la reconstrucción de complejos de instituciones cuasi-naturales que amenazan ruina a causa de una pérdida de legitimación. En el curso de la modernización social surge una necesidad de organización de *nuevo* tipo, a la que sólo se puede hacer frente en términos constructivos. Ámbitos de interacción tradicionales como son la familia o la escuela reciben forma jurídica quedando así envuelto y rearticulado en ciertos aspectos su substrato institucional, es decir, lo que de por sí tienen de institución; pero sistemas de acción formalmente organizados, como los mercados, las empresas y las Administraciones, vienen *producidos* o *creados* por constitución jurídica. La economía capitalista regida a través del medio dinero, o la burocracia estatal organizada en términos de una jerarquía de competencias, sólo surgen en el medio que representa su institucionalización jurídica.

Los rendimientos específicos del código que es el derecho, con el que ha de darse respuesta a la necesidad de regulación y organización de una sociedad cada vez más compleja, no pueden explicarse, empero, solamente, como pueden haber sugerido los problemas considerados hasta aquí, a partir de la necesidad de compensación que tiene la moral. De las proporciones reales uno sólo se percata cuando también, a la inversa, considera la moral desde el punto de vista del sistema jurídico. Una moral racional que sólo cobrase eficacia a través de procesos de socialización y de la conciencia de los individuos permanecería restringida a un estrecho radio de acción. En cambio, a través de un sistema jurídico con el que está internamente vinculada, la moral puede irradiar sobre todos los ámbitos de acción, incluso sobre esos ámbitos sistémicamente autonomizados de interacciones regidas por medios de regulación o control sistémico, que descargan a los actores de todas las exigencias morales a excep-

ción de la única de una obediencia generalizada al derecho. En situaciones sociales menos complejas el *ethos* de una forma de vida cobra fuerza sociointegrativa porque en esta eticidad integral todos los componentes del mundo de la vida están trabados entre sí, los deberes concretos están ajustados a las instituciones y anclados en motivos eficaces. Pero cómo puedan los contenidos morales difundirse en condiciones y estructuras sociales de alta complejidad a través de los canales que representan las regulaciones jurídicas, es una cuestión a la que sólo podremos responder cuando tengamos ante los ojos el sistema jurídico en conjunto.

III

Ahora podemos anudar los distintos hilos de nuestra argumentación para fundamentar un sistema de derechos que haga valer *equilibradamente* la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos. Este sistema habrá de contener precisamente aquellos derechos que los ciudadanos han de otorgarse recíprocamente si han de regular su convivencia en términos legítimos con los medios del derecho positivo. Al igual que en el derecho natural racional clásico estos derechos han de introducirse primero desde la perspectiva de un no implicado. A este fin ya hemos dado una serie de pasos preparatorios. Hemos partido de la historia de la dogmática de los derechos subjetivos, a fin de hacernos cargo con claridad de la paradoja del nacimiento de la legitimidad a partir de la legalidad; hemos desarrollado además una lectura del concepto de autonomía en términos de teoría del discurso que permite reconocer la conexión interna entre derechos del hombre y soberanía popular. Finalmente, hemos estudiado la relación de complementariedad entre derecho y moral para aclarar los rasgos formales por los que las normas jurídicas se distinguen de las normas generales de acción. No deja de ser interesante que ya de esa propia forma jurídica se siga u obtenga el destacado lugar que los derechos subjetivos ocupan en los órdenes jurídicos modernos.

Si se introduce el derecho como la complementación que en orden a estabilizar expectativas de comportamiento necesita la moral, la facticidad de la producción del derecho y de la imposición del derecho (así como la autoaplicación constructiva del derecho) son elemento esencial de una determinada clase de interacciones que sirven a exonerar a la moral. Pues bien, el medio que representa el derecho, considerado como tal medio, presupone derechos que definan el *status* de las personas jurídicas como portadoras de derechos. Estos derechos están cortados a la medida de la libertad de arbitrio de actores tipificados y considerados cada uno por separado, es de-

cir, a la medida de libertades subjetivas de acción, que se otorgan en términos condicionales. El primer aspecto, es decir, el que el arbitrio, regido por intereses, de unos sujetos que actúan en la actitud de orientarse a conseguir su propio éxito, que tal arbitrio, digo, quede desligado, suelto, o desvinculado de los contextos de la acción orientada al entendimiento que son los contextos creadores de obligaciones, es sólo el reverso del segundo aspecto, a saber, el de la coordinación de la acción a través de normas coercitivas que limitan los espacios de opción desde fuera. Esto explica la posición fundamental que ocupan los derechos que aseguran, a la vez que hacen compatible entre sí, libertades subjetivas individualmente imputables.

Esas libertades garantizan una autonomía privada que puede también describirse como una liberación respecto de las obligaciones de la libertad comunicativa. Con Klaus Günther entiendo por «libertad comunicativa» la posibilidad recíprocamente presupuesta en la acción comunicativa, de tomar postura frente a una elocución o manifestación de un prójimo y frente a las pretensiones de validez entabladas con esa manifestación, las cuales se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo[38]. Ello comporta obligaciones, de las que las libertades subjetivas protegidas por el derecho *desligan*, desatan, sueltan o exoneran. La libertad comunicativa sólo se da entre actores que en actitud realizativa quieren entenderse entre sí sobre algo y esperan unos de otros tomas de postura (posicionamientos) frente a las pretensiones de validez que se entablan unos a otros. La acción comunicativa depende siempre de la intersubjetividad de la relación que los agentes entablan y ello explica por qué esta libertad lleva anejas obligaciones ilocucionarias. Pues uno sólo recibe la posibilidad de posicionarse con un *sí* o con un *no* ante una pretensión de validez susceptible de crítica si el otro está dispuesto a justificar, en caso necesario, la pretensión entablada con sus actos de habla. Y como los sujetos que actúan comunicativamente se comprometen a hacer depender la coordinación de sus planes de acción de un acuerdo basado en la mutua toma de postura ante, y en el reconocimiento intersubjetivo de, pretensiones de validez, sólo pueden contar las razones que puedan ser aceptadas *en común* por las partes implicadas. Son siempre unas mismas razones, es decir, unas razones compartidas como razones, las que tienen para quienes actúan comunicativamente una fuerza racionalmente motivadora. En cambio, para un actor que toma sus decisiones en virtud de libertad subjetiva, no tiene en principio demasiada importancia la cuestión de si las razones que resultan decisorias *para él*, podrían ser aceptadas también

38. K. Günther, «Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht», en P. Koller *et al.* (eds.), «Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (ARSP), Beiheft 51 (1991), pp. 58 ss.

por los otros. De ahí que la autonomía privada del sujeto jurídico pueda entenderse esencialmente como la libertad negativa de abandonar la zona pública de obligaciones ilocucionarias recíprocas y retraerse a una posición de observación mutua y de mutuo ejercicio de influencias empíricas. La autonomía privada llega hasta allí donde el sujeto jurídico tiene que empezar a dar cuenta y razón, hasta allí donde tiene que dar razones públicamente aceptables de sus planes de acción. Las libertades subjetivas de acción autorizan a apearse de la acción comunicativa y a negarse a contraer obligaciones ilocucionarias. Fundan una privacidad que libera de la carga aneja a una libertad comunicativa recíprocamente reconocida y mutuamente supuesta y exigida.

El principio kantiano del derecho, que estatuye un derecho a libertades subjetivas de acción, puede entonces entenderse en el sentido de que ha de constituirse un código jurídico en forma de derechos subjetivos, que inmunicen a los sujetos jurídicos contra la excesiva presión o las exigencias excesivas de la libertad comunicativa. Ahora bien, el principio del derecho no solamente exige el derecho a libertades subjetivas en general, sino a *iguales* libertades subjetivas. La libertad de *cada uno* ha de poder ser compatible con la igual libertad de *todos* conforme a una *ley general*. Sólo entonces entra en juego la pretensión de legitimación del derecho positivo que, al centrarnos más arriba en los rasgos o determinaciones formales del derecho, pudimos todavía pasar por alto. En la formulación kantiana del «principio del derecho» es el ingrediente que representa la «ley general» el que soporta la carga de la legitimación. Y en ello queda ya siempre presente en el trasfondo el imperativo categórico: la forma de la ley general legitima la distribución de libertades de acción porque en ella se expresa un test de universalización efectuado por parte de la razón examinadora de normas y superado con éxito. De ello se sigue en Kant una subordinación del derecho a la moral, que es incompatible con la idea de una autonomía realizada *en el medio mismo del derecho*.

Pues la idea de autolegislación *del ciudadano* exige que aquellos que están sometidos al derecho como destinatarios suyos, puedan entenderse a la vez como autores del derecho. Y para satisfacer a esta idea no basta con entender el derecho a iguales libertades subjetivas como un derecho moralmente fundado que el legislador político no tuviera sino que positivar. Como personas que juzgamos moralmente podemos, ciertamente, convencernos de la validez del «derecho original del hombre», con tal que dispongamos ya de un concepto de legalidad. Pero *como* legisladores morales, no somos idénticos a los sujetos jurídicos, a los que ha sido *otorgado* ese derecho como a destinatarios de él. Aun cuando cada sujeto jurídico, en el papel de una persona moral, se percatase y convenciese de que

hubiera podido darse a sí mismo tal o cual ley jurídica, esa ratificación moral de tal o cual ley jurídica que les viene impuesta, ratificación realizada en cada caso *a posteriori* y privadamente, no eliminaría en modo alguno el paternalismo de un «imperio de las leyes» al que se verían sometidos todos juntos sujetos jurídicos políticamente heterónomos. Sólo la producción *políticamente autónoma* del derecho permite también a los destinatarios del derecho una comprensión correcta del orden jurídico en conjunto. Pues el derecho legítimo sólo es compatible con un modo de coerción jurídica que no destruya los motivos racionales de obediencia al derecho. Es decir, el derecho coercitivo no puede forzar a sus destinatarios a renunciar de cuando en cuando al ejercicio de su libertad comunicativa y a dejar de tomar postura frente a la pretensión de legitimidad del derecho, es decir, no puede forzarlos a abandonar en el caso particular su actitud realizativa frente al derecho y a sustituirla por la actitud objetivante de un actor que decide atenido a sus preferencias y calculando utilidades; tal cosa ha de dejarla a la discreción de ellos. Lo cual significa que las normas jurídicas *siempre* han de *poder* ser seguidas por convicción.

La idea de la autolegislación de los ciudadanos no puede reducirse, pues, a la autolegislación *moral* de personas *particulares*. La autonomía ha de concebirse en términos más generales y neutrales. Por eso he introducido un «principio de discurso», que empieza siendo indiferente frente a la moral y el derecho. El principio de discurso ha de empezar adoptando, por vía de institucionalización jurídica, la forma de un «principio democrático», que entonces proporcione a su vez al proceso de producción del derecho fuerza generadora de legitimidad. La idea decisiva es que el principio democrático se debe al entrelazamiento del «principio de discurso» con la forma jurídica. Este entrelazamiento lo entiendo como una *génesis lógica de derechos*, que puede reconstruirse paso por paso. Comienza con la aplicación del «principio de discurso» al derecho a libertades subjetivas de acción —derecho que es constitutivo de la forma jurídica como tal— y acaba con la institucionalización jurídica de condiciones para un ejercicio discursivo de la autonomía política mediante la que la autonomía privada, que en un primer momento sólo queda puesta en términos abstractos, puede ser objeto de desarrollo y configuración jurídicos. De ahí que el principio democrático sólo pueda aparecer como núcleo de un *sistema* de derechos. La génesis lógica de estos derechos constituye entonces un proceso circular o movimiento circular, en el que el código que es el derecho y el mecanismo para la generación de derecho legítimo, es decir, el principio democrático, se constituyen *cooriginalmente*.

La exposición procede de lo abstracto a lo concreto; la concreción se produce a medida que la perspectiva que inicialmente la

exposición aporta desde fuera, va quedando internalizada por el propio sistema de derechos que se expone. Pues bien, este sistema ha de contener exactamente los derechos que los ciudadanos tienen que atribuirse y reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo. El significado de las expresiones «derecho positivo» y «regulación legítima» ha quedado aclarado mientras tanto. Con el concepto de *forma jurídica*, la cual estabiliza expectativas sociales de comportamiento del modo indicado, y el *principio de discurso*, a cuya luz puede examinarse la legitimidad de normas de acción, disponemos de los medios que bastan para introducir *in abstracto* tres categorías de derechos que engendran el código que es el derecho al fijar el *status* de personas jurídicas:

(1) Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del derecho *al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción*.

Estos derechos exigen como correlatos necesarios:

(2) Derechos fundamentales que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del *status* de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica.

(3) Derechos fundamentales que resultan directamente de la *accionabilidad* de los derechos, es decir, de la posibilidad de reclamar judicialmente su cumplimiento, y del desarrollo y configuración políticamente autónomos de la *protección de los derechos* individuales.

Estas tres categorías de derechos resultan de la propia aplicación del principio de discurso al medio que representa el derecho como tal, es decir, a las condiciones de juridiformidad de la «sociación» horizontal, esto es, a la condición de que esa «sociación» horizontal ha de producirse por medio del derecho. No pueden entenderse todavía en el sentido de derechos de defensa liberales, pues con anterioridad a toda organización de un poder estatal en términos de derecho objetivo, contra cuyas intrusiones los ciudadanos hubieran de defenderse, no hacen sino regular las relaciones que entablan o guardan entre sí ciudadanos libremente asociados. Y, por cierto, estos derechos fundamentales garantizan sólo la autonomía *privada* de sujetos jurídicos en cuanto que, por de pronto, éstos empiezan reconociéndose mutuamente en su papel de *destinatarios* de las leyes, otorgándose así un *status*, en virtud del cual pueden reclamar derechos y hacerlos valer unos frente a otros. Sólo en el

paso siguiente adquirirán también los sujetos jurídicos el papel de autores de su orden jurídico, y ello mediante:

(4) Derechos fundamentales a participar con igualdad de oportunidades en procesos de formación de la opinión y la voluntad comunes, en los que los ciudadanos ejerzan su *autonomía política* y mediante los que establezcan derecho legítimo.

Esta categoría de derechos encuentra reflexivamente aplicación en la interpretación que en términos de derecho constitucional se hace de los derechos mencionados de (1) a (4) y en los ulteriores desarrollos y configuración políticos de esos derechos. Pues los derechos políticos fundan el *status* de ciudadanos libres e iguales, el cual es autorreferencial en cuanto que posibilita a los ciudadanos cambiar su posición jurídica material con la finalidad de interpretar y de desarrollar y configurar mediante tal cambio su autonomía privada y su autonomía pública. Atendiendo a esa finalidad, los derechos mencionados hasta ahora *implican* finalmente:

(5) Derechos fundamentales a que se garanticen condiciones de vida que vengan social, técnica y ecológicamente aseguradas en la medida en que ello fuere menester en cada caso para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos civiles mencionados de (1) a (4).

En lo que sigue me limitaré a algunos comentarios sobre los derechos de libertad y participación, absolutamente fundados, pues sobre los derechos sociales, sólo relativamente fundados, mencionados en último lugar, volveré en el último capítulo. La comprensión articulada en términos de teoría del discurso que he propuesto de los derechos fundamentales tiene la finalidad de aclarar la conexión interna entre derechos del hombre y soberanía popular y resolver la paradoja del nacimiento de la legitimidad a partir de la legalidad.

ad (1) Las normas de acción que aparecen en forma de derecho autorizan a los actores a tornar efectivas sus libertades subjetivas de acción. La cuestión de cuáles de estas leyes son legítimas, no puede responderse atendiendo sólo a la *forma* de derechos subjetivos. Sólo con ayuda del principio de discurso muéstrase que *cualquiera* tiene derecho a la mayor medida posible de *iguales* libertades subjetivas de acción. Sólo son legítimas aquellas regulaciones que satisfagan a esta condición de la compatibilidad de los derechos de cada uno con iguales derechos de todos. El principio del derecho de Kant coincide con este derecho general a iguales libertades; pues lo único que viene a decir es que debe establecerse un código jurídico en forma

de derechos subjetivos *legítimamente distribuidos* que garanticen la protección de la autonomía privada de los sujetos jurídicos. Ciertamente, con estos derechos solos, el código jurídico o código con que opera el derecho («justo»/«injusto») no queda todavía completamente institucionalizado. Pues éste ha de encontrar aplicación dentro de una determinada comunidad jurídica y fijar derechos que unos puedan *accionar* y hacer valer contra los otros. Es a lo que se refieren los derechos mencionados en (2) y (3).

ad (2) Las reglas jurídicas, a diferencia de las reglas morales, no norman interacciones posibles entre sujetos capaces de lenguaje y de acción *en general*, sino los contextos de interacción de una sociedad concreta. Esto se sigue ya del propio concepto de positividad del derecho, es decir, de la facticidad de la producción del derecho y de la imposición del derecho. Las normas jurídicas provienen de resoluciones de un legislador histórico, se refieren a un ámbito jurídico geográficamente delimitado y al colectivo de miembros de una comunidad jurídica, socialmente delimitado, y, por tanto, a un ámbito restringido de validez. Estas limitaciones relativas al tiempo histórico y al espacio social provienen ya de la circunstancia de que los sujetos jurídicos han de delegar sus facultades de ejercer coerción en una instancia que monopolice los medios de coerción legítima y llegado el caso los emplee en lugar de ellos. Pues todo monopolio de la violencia sobre la Tierra, y esto cabría decirlo incluso de un gobierno mundial, es una magnitud finita, permanece provincial respecto al futuro y al espacio cósmico. El establecimiento de un código jurídico exige, por tanto, derechos que regulen la pertenencia a una *determinada* asociación de sujetos jurídicos y, por tanto, la diferencia entre miembros y no miembros de esa comunidad jurídica, entre ciudadanos y extraños. En las comunidades estatalmente organizadas esos derechos reciben la forma de derechos de «nacionalidad», en el sentido de derechos que regulan la pertenencia a un determinado Estado. Los aspectos externos de la «nacionalidad», los cuales se basan en el reconocimiento del Estado de que se trate, reconocimiento efectuado en términos de derecho internacional público, no van a ocuparnos aquí. Por su lado interno, el *status* de miembro constituye el fundamento de la adscripción de las posiciones jurídicas materiales que constituyen en conjunto el *status* de ciudadano en el sentido de ciudadanía política ligada a un determinado Estado. De la aplicación del principio de discurso se sigue que todos han de estar protegidos del desposeimiento unilateral de los derechos de pertenencia, pero que han de tener el derecho a renunciar al *status* de miembros. El derecho a la emigración implica que la pertenencia a una comunidad jurídica ha de reposar en un acto (por lo menos supuesto) de consentimiento por parte del miembro de que se trate.

Simultáneamente, la inmigración, es decir, la ampliación de la comunidad jurídica con extraños que quieren adquirir los derechos de pertenencia, exige una regulación que tenga presentes por igual los intereses de miembros y solicitantes.

ad (3) La institucionalización del código que es el derecho, exige finalmente que se garanticen los procedimientos jurídicos por los que cada persona que se sienta menoscabada en sus derechos pueda hacer valer sus pretensiones. Del carácter coercitivo del derecho se sigue el requisito o exigencia de que en los casos de conflicto el derecho vigente sea interpretado y aplicado de forma vinculante en un procedimiento específico. Las personas jurídicas sólo podrán movilizar en forma de facultades de ejercer una acción jurídica las facultades de coerción ligadas a sus derechos si tienen acceso libre a tribunales independientes que, actuando con efectividad, decidan imparcial y autoritativamente en el marco de las leyes los casos de litigio. A la luz del «principio de discurso» pueden fundamentarse entonces derechos básicos concernientes a la administración de justicia que aseguren a todas las personas la misma protección de sus derechos, iguales derechos de audiencia, igualdad en la aplicación del derecho, es decir, igualdad de trato ante la ley, etc.

Resumiendo, hay que decir que el derecho a iguales libertades subjetivas de acción, junto con los correlatos que representan los derechos de pertenencia a una comunidad jurídica y las garantías relativas a procedimientos, establecen como tal el código que es el derecho. En pocas palabras: no hay derecho legítimo sin estos derechos. Y en esta institucionalización jurídica del medio «derecho», no se trata todavía de los conocidos derechos fundamentales liberales. Aun prescindiendo de que en este nivel no cabe hablar todavía de un poder estatal organizado, contra el que hubiesen de dirigirse tales derechos de defensa, los derechos fundamentales inscritos en el código mismo con que opera el derecho, permanecen, por así decir, *sin saturar*. Tienen que ser *interpretados* y *desarrollados*, según sean las circunstancias, por un legislador político. El código que es el derecho no puede establecerse en abstracto, sino sólo por vía de que los ciudadanos, al querer regular legítimamente su convivencia con ayuda del derecho positivo, no tienen más remedio que atribuirse mutuamente *determinados* derechos. Por otra parte, estos *determinados* derechos individuales sólo pueden cumplir la función de establecer dicho código si pueden entenderse como explicitación y desarrollo de las mencionadas categorías de derechos. Los clásicos derechos fundamentales liberales concernientes a la dignidad del hombre, a la libertad, a la vida y a la integridad corporal de la persona, a la libertad de movimiento, a la libertad de elección de profesión, a la propiedad, a la inviolabilidad del domicilio, etc., son en

este sentido interpretaciones y desarrollos del derecho general a la libertad en el sentido de un derecho a iguales libertades subjetivas. De forma similar la prohibición de extradición, el derecho de asilo, en general el *status* material concerniente a deberes que hay que cumplir, el *status* concerniente a prestaciones que cabe exigir, la ciudadanía, etc., significan una concretización del *status* general de miembro de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica. Y las garantías relativas a procedimientos o vías jurídicas quedan interpretadas por garantías procesales y por principios jurídicos (como el de prohibición de la retroactividad, la prohibición de ser castigado más de una vez por la misma acción, la prohibición de tribunales especiales, así como la garantía de independencia objetiva y personal del juez, etc.).

Hay que insistir en ambos aspectos: por un lado, las primeras tres categorías de derecho son lugartenientes no saturados, pendientes de su especificación en distintos derechos fundamentales, es decir, son más bien principios jurídicos por los que ha de orientarse el legislador constituyente. Por otro lado, éste, sin que ello signifique detrimento de su soberanía, ha de orientarse por los mencionados principios al haber de moverse en, y servirse de, el medio que representa el derecho. Pues en esos principios se hace valer el sentido racionalizador que tiene la forma jurídica, tan subrayado desde Hobbes y Rousseau.

ad (4) Pero en la génesis de los derechos lo que hemos hecho hasta ahora ha sido acercar o traer, por así decir, desde fuera, desde el punto de vista del teórico, el «principio de discurso» a la forma jurídica. El teórico *dice* a los ciudadanos qué derechos *tendrían* los ciudadanos que reconocerse mutuamente si quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo. Esto explica la naturaleza abstracta de las categorías jurídicas discutidas. Ahora hemos de efectuar un cambio de perspectiva, el cual es necesario si son los mismos ciudadanos quienes han de poder aplicar por su propia cuenta el «principio de discurso». Pues *como* sujetos jurídicos sólo pueden alcanzar autonomía entendiéndose y actuando a la vez como autores de los derechos a los que quieren someterse como destinatarios. Pero como sujetos *jurídicos*, ya no está en sus manos el elegir el medio en que quieren realizar su autonomía. Ya no pueden disponer acerca de qué lenguaje quieren servirse. Antes el código que representa el derecho viene ya dado a los sujetos como único lenguaje en el que pueden expresar su autonomía. La idea de autolegislación ha de hacerse valer en el medio del derecho mismo. De ahí que las condiciones bajo las que los ciudadanos pueden juzgar a la luz del principio de discurso si el derecho que establecen es derecho legítimo, hayan de venir a su vez garantizadas jurídicamente. A esto sirven los derechos políticos fundamentales concernientes a la participación en los procesos de formación de la opinión y la voluntad del legislador.

Tras este cambio de perspectiva ya no podemos fundamentar desde *nuestro punto de vista* iguales derechos de comunicación y participación. Ahora son los ciudadanos mismos quienes deliberan acerca de, y —en el papel de legisladores constituyentes— deciden cómo, han de estructurarse los derechos que den al principio de discurso la forma jurídica que lo convierta en un «principio de democracia» o «principio democrático». Conforme al principio de discurso pueden pretender validez precisamente aquellas normas que pudiesen encontrar el asentimiento de todos los potencialmente afectados si éstos participasen en discursos racionales. Los derechos políticos buscados tienen, por tanto, que garantizar la participación en todos los procesos de deliberación y decisión relevantes para la producción de normas, de modo que en ellos pueda hacerse valer por igual la libertad comunicativa de cada uno de posicionarse frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica. A la juridificación del uso político de libertades comunicativas en términos de simetría e igualdad de oportunidades responde la organización de una formación de la opinión y la voluntad políticas, en la que el principio de discurso cobre aplicación. De igual forma que la libertad comunicativa, antes de toda institucionalización, está referida a condiciones de un empleo del lenguaje orientado al entendimiento, y depende de esas condiciones, así también los derechos a hacer *uso público* de la libertad comunicativa dependen de formas de comunicación y de procedimientos discursivos de deliberación y decisión, asegurados jurídicamente. Éstos tienen que garantizar que todos los resultados obtenidos de manera formal y procedimentalmente correcta tengan a su favor la presunción de legitimidad. La igualdad de derechos políticos para todos se sigue, por tanto, de una juridificación simétrica de la libertad comunicativa de todos los miembros de la comunidad jurídica; y esa libertad comunicativa *exige* a su vez modos de formación discursiva de la opinión y la voluntad políticas, que haga posible un ejercicio de la autonomía política poniendo en práctica los derechos políticos.

Si se introduce el sistema de los derechos de este modo, se vuelve comprensible la copertenencia de soberanía popular y derechos del hombre, es decir, la cooriginalidad de autonomía política y autonomía privada. Ni el ámbito de la autonomía política de los ciudadanos viene restringido por derechos naturales o morales que, a fuer de tales, sólo estuviesen esperando a que se les diese forma positiva, ni tampoco la autonomía privada del individuo queda simplemente instrumentalizada para los fines de una legislación soberana. A la práctica de la autodeterminación de los ciudadanos no le viene dado

previamente nada si no es el principio de discurso, el cual viene inscrito en las propias condiciones de la «sociación» comunicativa, por un lado, y el medio que representa el derecho, por otro. Al medio que es el derecho hay que recurrir si el principio de discurso ha de implementarse en el procedimiento de producción de normas como principio de democracia o principio democrático con ayuda de iguales derechos de comunicación y participación. Ciertamente, el establecimiento del código jurídico como tal representa ya derechos de libertad que generen el *status* de personas jurídicas y garanticen la integridad de éstas. Pero estos derechos son condiciones necesarias que no hacen más que *posibilitar* el ejercicio de la autonomía política; y como condiciones posibilitantes, no pueden *restringir* la soberanía del legislador, aun cuando no estén a disposición de éste, es decir, aun cuando éste no pueda disponer de ellos a voluntad. Las condiciones posibilitantes no imponen restricciones a aquello que constituyen.

Ni el principio de discurso ni el que determinadas relaciones interactivas adopten forma jurídica bastan de por sí a fundamentar derecho alguno. El principio de discurso sólo puede adoptar la forma de un principio de democracia o principio democrático a través del medio que representa el derecho si ambos, es decir, principio de discurso y el medio que es el derecho, se ensamblan, entrecruzan y entrelazan el uno con el otro, convirtiéndose en, y *desarrollando* un, sistema de derechos, que ponga a la autonomía privada y a la autonomía pública en una relación de presuposición recíproca. A la inversa, todo ejercicio de la autonomía política significa a la vez una interpretación y una configuración y desarrollo de esos derechos, en principio no saturados, por un legislador histórico. Y esto vale también para los derechos políticos, a los que se recurre con ese fin. El principio de que todo poder del Estado proviene del pueblo ha de *especificarse* en cada caso y según las circunstancias en forma de libertades de opinión e información, de libertades de reunión y asociación, de libertades de fe, de conciencia y de confesión religiosa, de derechos a participar en elecciones y votaciones políticas, a enrolarse en partidos políticos o a participar en movimientos ciudadanos, etc. En los actos constituyentes que son esas interpretaciones del sistema de los derechos, que resultan jurídicamente vinculantes, los ciudadanos hacen un uso originario de una autonomía que con ello se constituye a sí misma de un modo realizativamente autorreferencial. De ahí que los capítulos de derechos fundamentales de las constituciones históricas puedan entenderse como distintas lecturas, dependientes del contexto, *de un mismo* sistema de derechos.

Pero este sistema de los derechos no es algo que anteceda al legislador constitucional como un derecho natural. Sólo en una de-

terminada interpretación constituyente, o dadora de constitución, se cobra en general conciencia de esos derechos. Y, por cierto, los ciudadanos, al hacer una lectura de ese sistema de los derechos, inventada desde la perspectiva de su propia situación, no hacen más que explicitar precisamente el sentido de la empresa en la que ya se han comprometido en cuanto se resuelven a regular legítimamente su convivencia por medio del derecho. Tal empresa sólo presupone una comprensión intuitiva del principio de discurso y del concepto de forma jurídica. De ahí que al hablar de «el» sistema de los derechos no se esté significando en el mejor de los casos sino aquello en que concuerdan o coinciden las diversas explicitaciones de la autocomprensión que en cada caso tal práctica pueda revestir. *Ex post* también «nuestra» introducción teorética de los derechos fundamentales en términos abstractos revélase como una artificial maniobra. Nadie se puede atribuir la capacidad de acceder a un sistema de los derechos en singular, con independencia de las interpretaciones que ya uno encuentra históricamente ahí. No hay «el» sistema de los derechos en transcendental pureza. Pero tras más de dos siglos de evolución del derecho constitucional europeo, tenemos a la vista suficientes modelos; y tales modelos nos ayudan a hacer una reconstrucción generalizadora de esa comprensión que necesariamente ha de regir la praxis intersubjetiva de una autolegislación emprendida y realizada, es decir, puesta por obra o ejercitada con los medios del derecho positivo. El carácter de fundaciones de constitución que a menudo confirman y sellan el éxito de las revoluciones políticas, sugiere la engañosa imagen que las Constituciones así nacidas producen de un limitarse a consignar, a hacer constar normas estáticas, sustraídas al tiempo y resistentes al cambio histórico. La primacía que, desde la perspectiva de la técnica jurídica, tiene la Constitución sobre las leyes simples, pertenece a la sistemática de los principios del Estado de derecho; pero esa primacía sólo significa una fijación *relativa* del contenido de las normas constitucionales. Como todavía veremos, toda Constitución es un proyecto que sólo puede cobrar *consistencia* en el modo de una interpretación constitucional sostenida, impulsada continuamente hacia adelante en todos los planos de la producción de normas.

El sistema de los derechos, al asegurar la autonomía privada y la autonomía pública equi-valentemente, es decir, dándoles igual valor, operacionaliza esa tensión entre facticidad y validez, que había empezado mostrándosenos como la tensión entre la positividad y la legitimidad del derecho. Ambos momentos se asocian en la recíproca compenetración de forma jurídica y principio de discurso, y también en la cara de Jano que el derecho ofrece a sus destinatarios, por un lado, y a sus autores, por otro. Por un lado, el sistema de los derechos sirve a desencadenar, por las sendas de leyes coerci-

tivas que hacen compatibles iguales libertades subjetivas de acción, el arbitrio de sujetos agentes guiado por intereses y enderezado a alcanzar el éxito que se apetece. Por otro lado, moviliza y une en la praxis de la autolegislación las libertades comunicativas de ciudadanos presuntivamente orientados al bien común. Y es aquí donde estalla de nuevo la tensión entre facticidad y validez; más aún, esa tensión se concentra en la circunstancia, paradójica a primera vista, de que los derechos políticos han de institucionalizar el uso público de las libertades comunicativas *en forma de* derechos subjetivos. El código que es el derecho no deja otra elección; los derechos de comunicación y participación tienen que estar formulados en un lenguaje que deje a discreción de los sujetos jurídicos autónomos el decidir si, y llegado el caso cómo, quieren hacer uso de ellos. Queda a discreción de los destinatarios el decidir si quieren o no activar y ejercer su voluntad racional libre, adoptar un cambio de perspectiva desde una actitud orientada a defender con éxito los propios intereses particulares a un entendimiento acerca de normas susceptibles de un asentimiento general y hacer un uso público de su libertad comunicativa.

Esta diferencia la perdemos de vista cuando nos limitamos al análisis semántico de los derechos. Si a una persona la asiste un derecho, entonces tiene base para pretender *x* y puede hacer valer esa pretensión frente a otras personas. En este plano de análisis semántico, puede distinguirse entre derechos negativos y derechos positivos, pero con ello no se toca todavía lo específico de la forma jurídica[39]. Sólo en el plano pragmático quedan a la vista los aspectos de la legalidad, que hemos analizado partiendo de los conceptos kantianos de libertad de arbitrio, de relaciones externas y de facultad de ejercer coerción. Bajo esos aspectos se da a conocer la ambigua relación que los derechos subjetivos, por su lado de derechos otorgados a destinatarios, guardan con el uso público de las libertades comunicativas: esos derechos *han de poder* ser entendidos *también at face value*, es decir, en su calidad de concesión u otorgamiento de libertades subjetivas de acción. A diferencia de la moral, el derecho no puede obligar a un empleo de derechos subjetivos orientado al entendimiento, aun cuando los derechos políticos, concernientes a la articulación y ejercicio de la ciudadanía, estén exigiendo o reclamando esa clase de uso público. Ciertamente, el *factum* de esa ambivalencia tiene todavía un buen sentido normativo[40].

39. Sobre el análisis semántico de los conceptos de derecho, cf. H. J. Koch, *Die Juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt a. M., 1977, pp. 29 ss.

40. Éste es, pese a todas sus consecuencias problemáticas, el núcleo correcto de la argumentación de A. Wellmer en «Models of Freedom in the Modern World»: *The Philosophical Forum* XXI (1989-1990), pp. 227-252.

Pero el surgimiento de legitimidad a partir de la legalidad sólo puede aparecer como paradoja bajo la premisa de que al sistema jurídico hubiera que representárselo como un proceso circular que retorna recursivamente sobre sí mismo y se legitima a sí mismo. A esto se opone ya la evidencia de que las instituciones jurídicas de la libertad decaen y se arruinan sin las iniciativas de una población *habituada* a la libertad. La espontaneidad de esa población no es algo que precisamente el derecho pueda forzar; se regenera a partir de tradiciones que mantengan vivo el sentido de la libertad y que promuevan el ejercicio de la libertad, y se mantiene viva en el tejido asociativo de una cultura política liberal. Las regulaciones jurídicas pueden, ciertamente, arbitrar mecanismos para que los costes de las virtudes ciudadanas cuyo ejercicio se reclama y exige, puedan permanecer bajos y sólo hayan de pagarse en moneda pequeña. La comprensión del sistema de los derechos en términos de teoría del discurso dirige la mirada hacia ambos lados. Por una parte, la carga de la legitimación de la producción del derecho se desplaza y no se hace recaer tanto sobre las cualificaciones o virtudes de los ciudadanos como sobre los procedimientos jurídicamente institucionalizados de formación de la opinión y la voluntad comunes. Por otra, la juridificación de la libertad comunicativa significa también que el derecho ha de abrirse a fuentes de legitimación de las que no puede disponer a voluntad.

IV

RECONSTRUCCIÓN INTERNA DEL DERECHO (II): LOS PRINCIPIOS DEL ESTADO DE DERECHO

La reconstrucción del derecho tiene el valor de una explicación de significados. Con el sistema de los derechos nos hemos asegurado de las presuposiciones de las que los miembros de una comunidad jurídica moderna tienen que partir si es que han de poder tener por legítimo su orden jurídico sin que a tal fin puedan buscar arrimo en razones de tipo religioso o metafísico. Pero una cosa es la legitimidad de los derechos y la legitimación de los procesos de producción del derecho, y otra muy distinta la legitimidad de un orden de dominación y la legitimación del ejercicio de la dominación política. Los derechos fundamentales que hemos reconstruido en una especie de experimento mental son constitutivos de toda asociación que pueda entenderse como una comunidad jurídica de miembros libres e iguales; en estos derechos se refleja *in statu nascendi*, por así decir, la «sociación» horizontal de los ciudadanos. Pero ese acto autorreferencial de institucionalización jurídica de la autonomía ciudadana queda incompleto en aspectos esenciales; no puede estabilizarse a sí mismo. El instante del mutuo reconocimiento de derechos se queda en un suceso metafórico; puede quizá ser recordado y ritualizado, pero no puede ni consolidarse ni perpetuarse sin organizar, o sin recurrir funcionalmente a, un poder estatal. Si ese entrejuntarse de autonomía privada y autonomía pública, que en el sistema de derechos se efectúa, ha de cobrar continuidad, el proceso de juridificación no ha de limitarse a las libertades subjetivas de acción de las personas privadas y a las libertades comunicativas de los ciudadanos. Tiene que *extenderse asimismo* a ese poder político que el propio medio que es el derecho presupone ya y al que tanto la producción del derecho como la imposición del derecho deben su fáctica capacidad de vincular. De la constitución cooriginal y del entrelazamiento con-

ceptual de derecho y poder político resulta, pues, una más amplia necesidad de legitimación, a saber, la necesidad de canalizar a su vez en términos jurídicos el poder estatal de sanción, organización y ejecución. Ésta es la idea de Estado de derecho (I). Esta idea la aclararé analizando las condiciones que han de cumplirse para la generación de poder comunicativo (II) y para un empleo de poder administrativo, ligado al poder comunicativo (III).

I

(1) El derecho, mientras lo miremos bajo el aspecto de la función que le es propia, a saber, la de estabilizar expectativas, se presenta como un sistema de derechos. Pero estos derechos subjetivos sólo pueden ser puestos en vigor y sólo pueden ser hechos cumplir por organizaciones que tomen decisiones colectivamente vinculantes. Y a su vez, estas decisiones deben su carácter colectivamente vinculante a la forma jurídica de que están revestidas. Esta *interna conexión del derecho con el poder político* se refleja en las implicaciones que, en punto a derecho objetivo, tienen los derechos subjetivos, con las que ya nos hemos topado.

El derecho a iguales libertades subjetivas de acción se concretiza en derechos fundamentales que, en tanto que derechos positivos, llevan anejas amenazas de sanción y que así pueden hacerse valer contra las vulneraciones de las normas en que se plasman o contra los intereses que se les resisten. Por este lado presuponen capacidad de sanción por parte de una organización que disponga de medios para el empleo legítimo de la violencia a fin de hacer respetar las normas jurídicas. Esto concierne al aspecto bajo el que el Estado mantiene en reserva una violencia acuartelada para, por así decir, dar «cobertura» y credibilidad a su poder de mando.

El derecho a iguales derechos en lo tocante a la condición de miembros de la asociación voluntaria que es la comunidad jurídica presupone un colectivo delimitado en el espacio y el tiempo, con el que sus miembros se identifiquen y al que puedan imputar sus acciones (de ellos) como partes de un mismo contexto de interacción. Tal colectivo sólo puede constituirse como comunidad jurídica si dispone de una instancia central que esté facultada para actuar en nombre del todo. Esto concierne al aspecto de autoafirmación, bajo el que el Estado pone en juego su capacidad de organización y autoorganización para mantener hacia el exterior y hacia el interior la identidad de la convivencia jurídicamente organizada.

El derecho a la protección de los derechos individuales se concretiza en derechos fundamentales que fundan pretensiones concernientes a la posibilidad de una justicia que juzgue de forma independiente e imparcial. Estos derechos presuponen, por tanto, el establecimiento de una administración de justicia estatalmente organizada que haga uso del poder de sanción del Estado para decidir autoritativamente los casos de litigio, y de la capacidad de organización del Estado para proteger, desarrollar, perfeccionar y precisar el derecho.

El derecho a una producción de normas políticamente autónoma se concretiza, finalmente, en derechos fundamentales que fundan iguales pretensiones en lo tocante a participar en procesos democráticos de legislación. Éstos tienen a su vez que instituirse con la ayuda del poder organizado estatalmente. Además, la formación de la voluntad política instituida como poder legislativo, se ve remitida a, y depende de, un poder ejecutivo que pueda ejecutar e implementar los programas acordados. Esto concierne al aspecto central bajo el que el Estado se diferencia como un «instituto» para el ejercicio burocrático de la dominación legal. El poder del Estado sólo cobra una forma institucional estable y fija en, y con, la organización de las administraciones públicas en términos de una jerarquía de cargos. El alcance y peso del aparato estatal depende de en qué medida la sociedad recurre al medio que es el derecho, con el fin de operar e influir con voluntad y conciencia sobre sus propios procesos de reproducción. Esta dinámica de actuación, operación e influjo sobre sí misma queda acelerada al introducirse «derechos sociales» que fundan pretensiones concernientes al cumplimiento de condiciones sociales, culturales y ecológicas para un disfrute en términos de igualdad de oportunidades de los derechos de libertad de carácter privado y de los derechos de participación política.

En una palabra, es necesario el Estado como poder de sanción, como poder de organización y como poder de ejecución porque los derechos han de imponerse, porque la comunidad jurídica necesita tanto de una fuerza estabilizadora de su identidad como de una administración organizada de justicia, y porque de la formación de la voluntad política resultan programas que han de implementarse. Mas todo ello no son solamente complementos funcionalmente necesarios del sistema de los derechos, sino *implicaciones* que, en lo tocante a derecho objetivo, están ya contenidas *in nuce* en los derechos subjetivos. Pues el poder estatalmente organizado no entra, por así decir, desde fuera para colocarse al lado del derecho, sino que es *presupuesto* por el derecho mismo y se establece a sí mismo en formas jurídicas. El poder político sólo puede desplegarse a sí mismo a través de un código jurídico que haya sido institucionalizado en forma de derechos fundamentales. De ahí que el constitucionalismo alemán, con su idea de Estado de derecho, empezase estableciendo una conexión en cortocircuito entre los derechos de

libertad y el poder estatal organizado[1]. El Estado de derecho tenía por fin garantizar la autonomía privada y la igualdad jurídica de los ciudadanos. En cambio, la fundamentación del sistema de los derechos en términos de teoría del discurso deja clara la interna conexión entre autonomía privada y autonomía pública. Su pleno sentido normativo lo cobra el derecho no *per se* a través de su *forma*, tampoco por un *contenido* moral dado *a priori*, sino por un *procedimiento* de producción legislativa, que genera legitimidad. En este aspecto el concepto material de ley de la teoría *viejo*liberal del derecho político o derecho constitucional de Mohl, Rotteck, Welcker y otros, ofrece una mejor clave para la idea democrática de Estado de derecho. Por «ley» entendían estos autores una regla general y abstracta que se produce con la aprobación de la representación popular en un procedimiento caracterizado por la discusión y por la publicidad. La idea de Estado de derecho exige que las decisiones colectivamente vinculantes del poder estatal organizado a que el derecho ha de recurrir para el cumplimiento de sus propias funciones, no sólo se revistan de la forma de derecho, sino que a su vez se legitimen ateniéndose al derecho legítimamente establecido. No es la forma jurídica como tal la que legitima el ejercicio de la dominación política, sino sólo la vinculación al derecho *legítimamente estatuido*. Y en el nivel postradicional de justificación sólo puede tenerse por legítimo el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de la opinión y la voluntad comunes.

Pero a la inversa, ello tiene por consecuencia para el ejercicio ciudadano de la autonomía política una incorporación al Estado, la actividad legislativa se constituye como un poder *en* el Estado. Con el paso de la «sociación» horizontal de ciudadanos que se reconocen recíprocamente derechos, a la forma organizativa de «sociación» vertical que representa el Estado, la praxis de la autodeterminación de los ciudadanos queda institucionalizada, y queda institucionalizada como formación informal de la opinión en el espacio público político, como participación política dentro y fuera de los partidos, como participación en los procesos electorales, en la deliberación y en la toma de decisiones de los Parlamentos, etc. Una soberanía popular ya internamente entrelazada con las libertades subjetivas, se entrelaza una vez más con el poder organizado estatalmente, y ello de forma que el principio «todo poder del Estado proviene del pueblo» se realiza a través de presupuestos y condi-

1. E. W. Böckenförde, «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs», en Id., *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 143-169; I. Maus, «Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats», en Id., *Rechtstheorie und Politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, 1986, pp. 11-82.

ciones de la comunicación y de procedimientos de una formación de la opinión y la voluntad comunes, institucionalmente diferenciada. En el Estado de derecho entendido en términos de teoría del discurso la soberanía popular no se encarna ya en una asamblea intuitivamente identificable de ciudadanos autónomos; se retrae a los circuitos de comunicación, por así decir, carentes de sujeto, que representan los foros y los organismos deliberativos y decisorios. Sólo en esta forma anónima puede su (de la soberanía popular) poder comunicativamente fluidificado ligar el poder administrativo del aparato estatal a la voluntad de los ciudadanos. En el Estado democrático de derecho el poder político se diferencia, como veremos, en poder comunicativo y poder administrativo. Como la soberanía popular ya no se concentra en un colectivo, en la presencia físicamente aprehensible de los ciudadanos reunidos, o en la presencia físicamente aprehensible de sus representantes reunidos en asamblea, sino que se hace valer en la circulación de deliberaciones y decisiones estructuradas racionalmente, el principio de que en el Estado de derecho no puede haber soberano alguno, es ahora cuando recibe un sentido no capcioso, un sentido que no se presta a segundas intenciones[2]. Pero esta interpretación ha de precisarse en el respecto de que no por ello pierde la soberanía popular ni un ápice de su contenido radical-democrático.

Para reconstruir en lo que sigue la conexión interna entre derecho y poder político, es menester evitar de antemano un malentendido. En esta investigación no se trata del gradiente entre norma y realidad, es decir, no se trata del poder como una facticidad social, ante el que las ideas pudiesen quedar en ridículo. Antes la mirada se sigue enderezando a la tensión entre facticidad y validez, *inmanente* al derecho mismo. Ésta había empezado mostrándosenos en la dimensión de la validez jurídica, como tensión entre la positividad y la legitimidad del derecho, y dentro del sistema de los derechos, como tensión entre la autonomía privada y la autonomía pública. Con la idea de Estado de derecho la perspectiva se amplía. De los derechos pasamos a una dominación organizada en forma de derecho, cuyo ejercicio ha de estar ligado al derecho legítimo. Con la aplicación reflexiva del derecho al poder político que el derecho presupone, desplázase, empero, la tensión entre facticidad y validez a una dimensión distinta: esa tensión retorna en el poder político constituido en términos de Estado de derecho. La dominación política se apoya en un potencial de amenaza y sanción, que viene cubierto por medios de violencia acuartelados; pero simultáneamente, viene *autorizada* mediante derecho legítimo. Al igual que en la validez jurídica, también en el carácter colectivamente obligatorio de las deci-

2. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Opladen, 1981, pp. 224 ss.

siones políticas únense ambos momentos, a saber, la coerción y la pretensión de validez normativa, sólo que la situación semeja ahora la imagen invertida de la primera. Pues mientras que el derecho, aun abstrayendo de su positividad, pretende de por sí validez normativa, el poder, aun prescindiendo de su autorización, queda a disposición de una voluntad política como medio para la consecución de fines colectivos. De ahí que el derecho, cuando se lo considera empíricamente, actúa a menudo sólo como la forma de la que el poder político *se vale*. Sólo que *esta* facticidad —desde un punto de vista normativo: la facticidad del revés— de un poder externo al derecho, que instrumentaliza al derecho, siendo, por tanto, un poder ilegítimo, no es de momento nuestro tema. Al análisis conceptual sólo se abre esa tensión interna entre facticidad y validez de la que está cargado el poder político como tal, por hallarse éste en una conexión interna con el derecho, apelando al cual ha de legitimarse. Esta relación conceptual no debe confundirse con esa otra oposición entre norma y realidad, que sólo resulta accesible, como veremos en el capítulo octavo, a un análisis empírico.

(2) El entrelazamiento de derecho y poder político caracteriza el tránsito desde las sociedades organizadas por parentesco a esas primeras sociedades organizadas ya estatalmente, de las que surgirían a su vez los imperios antiguos con sus culturas superiores. Pese a lo cual, el entrelazamiento entre derecho y poder político sólo se convierte *como tal* en problema en las sociedades de transición de principios del mundo moderno. Sólo desde Maquiavelo empieza a ser entendido en términos naturalistas un poder estatal que se sale de los contextos de las tradiciones de tipo sacro y se lo empieza a considerar como un potencial que puede ser sometido a cálculo desde puntos de vista estratégicos por aquellos que lo tienen y ser utilizado de forma racional con arreglo a fines. Las evidencias de este nuevo poder administrativo, concentrado en el Estado monopolizador de la violencia, empujan a los teóricos del derecho natural racional a esas concepciones con las que tratan de explicar la interacción entre el derecho estatalmente sancionado y el poder organizado en términos jurídicos. Hobbes cuenta, por un lado, con la *estructura de regla*, es decir, con la estructura reglada, normativa, de las relaciones definidas por contratos y por leyes y, por otro, con el fáctico *poder de mando* de un soberano, cuya voluntad puede doblegar a cualquier otra voluntad sobre la tierra. En virtud de un contrato de dominación se constituye entonces un poder del Estado por vía de que esa voluntad soberana asume funciones legislativas y consiente en dar a sus manifestaciones imperativas la forma de derecho. Pero el poder de la voluntad del señor canalizado mediante leyes, sigue siendo en lo esencial el poder sustancial de

una voluntad fundada en la pura decisión. Esta voluntad se pliega a una razón abstracta y reducida a la forma de ley, con el solo fin de servirse de ella. En esta construcción la facticidad de un poder cuasinatural de mando se asocia —*sin mediación alguna*— con la estructura normativa de leyes que otorgan a los súbditos libertades subjetivas de acción. Los rastros de este antagonismo no quedan eliminados ni siquiera por Kant y Rousseau, pese a que en ellos es la razón plasmada en una estructura de regla o estructura normativa (en la estructura normativa que representan la ley y el procedimiento democrático) elevada ahora a autonomía, la encargada de regir la toma de acuerdos soberanos por el pueblo unido. Las representaciones reformistas de Kant delatan todavía el respeto hobbesiano ante el hecho natural del poder-violencia político, ante el núcleo impenetrablemente decisionista de la política, en el que se quiebran derecho y moral[3].

Los conceptos básicos del derecho natural racional, articulados en términos de filosofía del sujeto, impedían y siguen impidiendo que se preste atención en términos sociológicos a la capacidad sociointegradora de ese substrato cuasinatural que forman las sociedades preestatales, con el que había podido *conectar* y del que había podido *partir* desde hacía ya milenios el complejo que forman derecho y poder político. Los fenómenos que sólo empiezan a imponerse en la modernidad —la conglobación de poder administrativo, la positivación del derecho y el surgimiento de la dominación legal— ocultan aquellas condiciones de partida, bajo las que el poder estatal o poder del Estado había empezado surgiendo en las formas de lo que llamamos dominación tradicional. En las sociedades tribales el *poder social* de príncipes, de sacerdotes, de miembros de familias privilegiadas, etc., basado en el prestigio, había formado ya, juntándose con normas reconocidas de acción que debían su fuerza vinculante a poderes míticos, es decir, a un consenso de fondo de tipo sacro, había formado ya, digo, un síndrome, que posibilitaba ya (por debajo del nivel evolutivo que representa el poder estatalmente organizado) instituciones de arbitraje y conciliación para los casos de conflicto e instituciones destinadas a la formación colectiva de la voluntad común. El complejo estatal de derecho y política puede, por tanto, levantarse sobre un fundamento arcaico de integración social, que en las construcciones iusnaturalistas del estado de naturaleza no se toma en cuenta. Para esta génesis de derecho y política elijo, empero, la forma de exposición de un modelo abstracto, modelo que, en interés de la reconstrucción conceptual, subraya sola-

3. C. Langer, *Reform nach Prinzipien. Zur politischen Theorie Immanuel Kants*, Stuttgart, 1986.

mente algunos rasgos relevantes entre toda una plétora inabarcable de material antropológico.

(*a*) Primero construyo dos tipos de solución de conflictos interpersonales y de formación de la voluntad colectiva, que ni hacen uso de un derecho estatalmente sancionado, ni de un poder político articulado en términos de derecho, pero que constituyen el fundamento sobre el que derecho y poder político pueden recíprocamente constituirse.

Con Parsons parto de que las interacciones sociales, concatenadas en el espacio y en el tiempo, se hallan sometidas a las condiciones de una doble contingencia[4]. Los actores suponen unos de otros que cada cual podría en principio decidir de forma distinta a como decide. De ahí que todo orden social con patrones de comportamiento relativamente estables tenga que apoyarse en mecanismos de coordinación de la acción: por lo general en la influencia y en el mutuo entendimiento. Si la coordinación no se produce, resultan secuencias anómicas de acción, que son percibidas por los implicados mismos como problema. Los problemas de coordinación de este tipo se presentan en dos acuñaciones típicas: o bien se trata de la regulación de un conflicto provocado por orientaciones individuales de acción que son incompatibles, o bien de la elección y realización cooperativa de fines colectivos (regulación de conflictos interpersonales *versus* persecución de fines y programas colectivos)[5]. En el caso más simple varios actores se disputan un mismo bien y quieren resolver este conflicto de común acuerdo; o un grupo de actores se encuentra ante un desafío al que tratan de hacer frente cooperativamente. En el primer caso, los implicados se ven ante la cuestión: «¿Conforme a qué reglas hemos de convivir?», en el segundo caso ante la cuestión: «¿Qué fines queremos alcanzar y por qué vías?». La resolución de la contienda, la avenencia, se refiere a la estabilización de expectativas de comportamiento para el caso de conflicto; la formación colectiva de la voluntad se refiere a la elección y efectiva realización de fines y metas susceptibles de consenso. Parsons habla de *pattern-maintenance* y de *goal-attainment*[6].

Las interacciones simples se dispersan sobre un continuo que por sus dos cabos viene limitado por los tipos puros que representan, respectivamente, la acción orientada por valores y la acción dirigida por intereses. Una coordinación interpersonal de la acción

4. T. Parsons, R. F. Bales, E. Shils, *Working Papers in the Theory of Action*, New York, 1953, pp. 63 ss.

5. Th. Raiser, *Rechtssoziologie*, Frankfurt a. M., 1987, pp. 275 ss. y 292 ss.; sobre esto cf. también H. Popitz, *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*, Tübingen, 1980.

6. T. Parsons y E. Shils, *Toward a General Theory of Action*, New York, 1951.

se logra en el primer caso a través de un consenso valorativo, y en el segundo a través de un concierto, ajuste y compensación de intereses. Ambas clases de motivos constituyen la mayoría de las veces una amalgama; pero según sea la relevancia que cobre uno u otro aspecto, o según cuál de los dos aspectos se tematice, los actores mismos habrán de adoptar actitudes diversas: la actitud realizativa de quien actúa orientándose al entendimiento o consenso, o la actitud objetivante de un actor que a la luz de sus propias preferencias se orienta sólo por las consecuencias de su acción.

Según sea, pues, la perspectiva del actor los problemas de coordinación de la acción se perciben de forma distinta. En el caso de la acción orientada a, y por, valores, los actores buscan, o apelan a, un consenso; en el caso de una acción guiada por intereses buscarán un compromiso. La práctica del *entendimiento* se distingue de la práctica de la negociación por el fin a que se endereza: la conciliación que se busca es entendida en el primer caso como consenso, en el segundo como un arreglo. A lo que en el primer caso se apela y lo que en el primer caso se invoca son normas y valores, a lo que se apela en el segundo es al enjuiciamiento de intereses y constelaciones de intereses.

Tipos elementales de solución de disputas y de formación colectiva de la voluntad

Problemas / Coordinación de la acción a través de	Regulación de conflictos interpersonales	Persecución de fines colectivos: Fines	Implementación de fines
orientación valorativa	consenso	decisión por autoridad	poder de mando con división organizada del trabajo
intereses	arreglo (arbitraje)	formación de compromisos	

«Consenso» y «arreglo» (arbitraje) son, pues, los nombres de dos tipos de conciliación en caso de litigio. Si se trata de una acción regida por normas se da la posibilidad y perspectiva de resolver un conflicto por vía de que las partes, sobre la base de un orden valorativo existente, se aseguren de qué *debe* hacerse en ese caso de disputa. Con la estructura de esta solución se corresponde el recurso a

autoridades morales (por ejemplo, a sacerdotes) y a los correspondientes procedimientos de decisión (por ejemplo, a oráculos). Si se trata de acción regida por intereses se da la posibilidad y perspectiva de resolver un conflicto por vía de que las partes, sobre la base de sus posiciones fácticas de poder y de los correspondientes potenciales de amenaza y sanción, lleguen a un arreglo en lo tocante a sus respectivos intereses, normalmente en forma de indemnizaciones por las desventajas surgidas. Con la estructura de esta solución se corresponde el recurso a un mediador (o árbitro) que ponga en marcha y facilite las negociaciones, pero que no puede tomar decisiones vinculantes porque no se halla situado *por encima* de las partes[7]. «Autoridad» y «compromiso» son, por otro lado, los nombres de dos principios de formación de la voluntad común a cuya luz puede resolverse un disenso acerca de metas y fines. O bien determinadas personas y familias gozan de un prestigio suficiente para interpretar autoritativamente convicciones valorativas compartidas; o bien las partes en pugna, sobre la base a su vez del poder fáctico que tienen, alcanzan un compromiso que consideran aceptable. La entrada «poder de mando con división organizada del trabajo» tiene la finalidad de recordar que la realización cooperativa de fines y metas hace menester una división organizada del trabajo en la que se obedece a órdenes.

No es casualidad que las cuatro estrategias de solución de problemas que hemos deducido, puedan ilustrarse recurriendo a instituciones de solución de conflictos y de formación de la voluntad colectiva en las sociedades organizadas por parentesco. Pero estos hechos concernientes a la antropología del derecho no necesitan interesarnos aquí[8]. Para las consideraciones que siguen es sólo importante que las técnicas que representan el «arreglo» (arbitraje) y la «formación de compromisos» descansan en posiciones sociales de poder que se forman por vía de gradientes de prestigio entre asociaciones de familia jerárquicamente estratificadas y por vía de diferenciación entre los papeles de ancianos, sacerdotes y caudillos (en tiempos de guerra o de paz). Este poder social se distribuye conforme a un sistema de *status* que representa un entramado de normas anclado en imágenes religiosas del mundo y en prácticas mágicas. Sólo las otras dos técnicas, a saber, la resolución de disputas mediante consenso y una formación de la voluntad colectiva por vía de autoridad, se apoyan *directamente* en un complejo normativo, en el que todavía se ensamblan entre sí simbióticamente costumbres, moral y derecho.

7. Th. Raiser, *Rechtssoziologie*, pp. 301 ss.

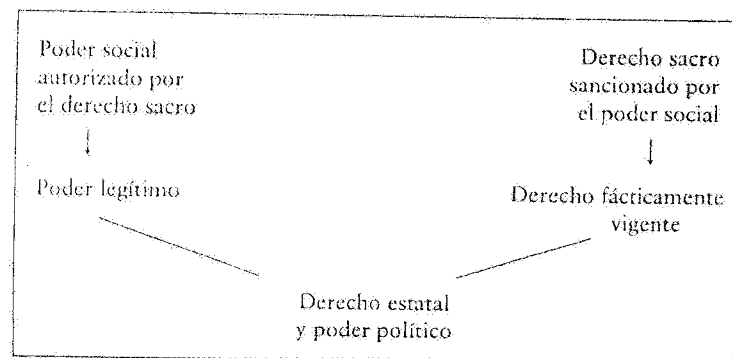
8. U. Wesel, *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1985; L. Posposil, *Anthropologie des Rechts*, München, 1982.

Partiendo de estos supuestos, cabe representarse la *constitución cooriginal de derecho estatal* y *poder político* conforme a un modelo articulado en dos niveles. El primer nivel viene caracterizado por la posición de un juez-rey que monopoliza las funciones de solución de conflictos; el segundo nivel viene caracterizado por la institucionalización jurídica de un *staff* de dominación, que hace posible la formación de la voluntad colectiva en la forma organizada de dominación política[9].

(*b*) Un caudillo que en un primer momento sólo dispone de un poder social suministrado por el prestigio y reconocido en términos fácticos, puede reunir sobre sí las funciones hasta entonces dispersas de solución de conflictos, por vía de asumir la administración de los bienes salvíficos y de convertirse en intérprete exclusivo de las normas de la comunidad, reconocidas como sagradas y moralmente obligatorias. Como el derecho sacro representa una fuente de validez y justicia, a partir de la cual puede legitimarse el poder, el *status* de este juez-rey cobra *autoridad normativa*: el derecho sacro preestatal, entrelazado con la costumbre y la moral, autoriza la posición de quien se ha erigido en su intérprete. El poder fáctico, que es el que había empezado cualificando al poseedor de ese *status* para ocupar tal posición, se transforma por medio de ello en poder legitimado. Esta transformación del poder social en poder político no puede, empero, efectuarse sin una simultánea transformación del derecho sacro. Pues la práctica de la resolución de conflictos, al quedar en manos de quien posee un poder autorizado en tales términos, pasa ahora a asentarse en normas que, allende su obligatoriedad puramente «moral», cobran la *validez afirmativa* de un derecho *fácticamente impuesto*. El poder social cuasinatural del juez-rey viene cubierto y respaldado por unos recursos de violencia y coerción, de los que ahora puede tomar la administración de justicia sus amenazas de sanción: este poder preestatal afirma el derecho consuetudinario, que hasta ahora sólo vivía de la autoridad sacra, y lo transforma en un derecho sancionado por el príncipe y con ello en un derecho vinculante. Estos procesos que discurren *simultáneamente* están retroalimentativamente conectados el uno al otro: la autorización del poder por el derecho sacro y la sanción del derecho por el poder social se efectúan *uno actu*. Surgen así el poder político y el derecho estatalmente sancionado como dos ingredientes de los que se compone el poder estatal organizado en términos jurídicos.

9. Sobre lo que sigue, cf. K. Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1976; J. Habermas, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, [5]1992, pp. 243 ss.

Constitución del derecho y la política



En el segundo nivel de nuestro modelo, los ingredientes cooriginarios que son el derecho estatal y el poder político se juntan en la institucionalización de cargos que hacen posible una forma organizada de ejercicio de la dominación política, en una palabra: hacen posible la dominación estatalmente organizada. Ahora el derecho no solamente legitima al poder político, sino que el poder puede servirse del derecho como un medio de organización. La autoridad normativa del poder estatal cobra, en virtud de esta función instrumental del derecho, la competencia de tomar decisiones jurídicamente vinculantes. Y es en este nivel donde puede empezar a hablarse de dominación estatalmente organizada, en sentido estricto. Ésta viene caracterizada por la función de realizar fines colectivos por medio de decisiones vinculantes. Por otro lado, una organización estatal de la ejecución de las penas asegura a las acciones de la administración de justicia su carácter coercitivo. Sólo en virtud de esta función instrumental del poder se transforman los tribunales en órganos de un Estado. A éste debe a su vez el derecho su función de estabilizar expectativas de comportamiento, generalizadas en la dimensión temporal, social y de contenido. De las funciones que derecho y poder cumplen *el uno para el otro* distinguimos, pues, las *funciones propias* que derecho y poder, en tanto que códigos, cumplen para la sociedad en conjunto[10].

El derecho sirve, tan pronto como presta a la dominación política forma jurídica, a la constitución del código binario que representa el poder. Quien dispone de poder puede dar órdenes a los demás. En este aspecto el derecho actúa como medio de organización del

10. Sobre la teoría de Parsons de los medios de comunicación cf. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa* II, Madrid, 1987, pp. 366 ss.

poder estatal. A la inversa, el poder, al hacer respetar las decisiones judiciales, sirve a la constitución del código binario que representa el derecho. Los tribunales deciden acerca de qué es de derecho y qué no es de derecho, acerca del «justo» y el «injusto». En este aspecto el poder sirve a la institucionalización estatal del derecho.

La conexión funcional del código «Derecho» y el código «Poder»

Funciones: / Código:	Función propia	Función del uno para el otro
Poder	realización de fines colectivos	institucionalización estatal del derecho
Derecho	estabilización de expectativas de comportamiento	medio de organización de la dominación política

Sólo en el mundo moderno puede la dominación política desarrollarse en las formas del derecho *positivo* y convertirse en lo que Weber llamó dominación legal-racional. La aportación que el poder político hace a la función propia del derecho, es decir, a la estabilización de expectativas de comportamiento, consiste en el establecimiento de una *seguridad jurídica* que permite a los destinatarios del derecho calcular las consecuencias de su propio comportamiento y del del prójimo. Bajo este punto de vista las normas jurídicas han de tomar la forma de determinaciones inteligibles, exentas de contradicción y precisas, y por lo general venir formuladas por escrito; tienen que ser dadas a conocer a todos los destinatarios, es decir, ser públicas; no pueden pretender tener validez retroactiva; y tienen que regular con carácter general los asuntos de que se trate, asociándolos con consecuencias jurídicas, de suerte que puedan ser aplicadas de igual modo a todas las personas y a todos los casos comparables[11]. A esto responde una codificación que presta a las reglas jurídicas un mayor grado de consistencia y de explicitación conceptual. Ésta es la tarea de una jurisprudencia que elabora científicamente el *corpus iuris* y lo somete al tipo de conformación y sistematización del que se encargan las distintas dogmáticas jurídicas.

11. En ello ve basada Lon Fuller la moralidad inmanente al derecho positivo: L. Fuller, *The Morality of Law*, Chicago, 1969; cf. sobre ello R. G. Sumners, *Lon Fuller*, Stanford, 1984.

La aportación que, por otro lado, el derecho hace a la función propia del poder estatalmente organizado, muéstrase en particular en el desarrollo de reglas secundarias en el sentido de H. L. A. Hart. Se trata tanto de normas relativas a competencias que dotan a las instituciones estatales de poderes y facultades, o que simplemente empiezan constituyendo a tales instituciones, como también de normas de organización que establecen los procedimientos conforme a los que han de ser producidos los programas jurídicos y desarrollados por la Administración y la justicia. El derecho no se agota en modo alguno en normas rectoras del comportamiento, sino que sirve a la organización y a la regulación y control del poder estatal. Funciona en el sentido de reglas constitutivas que no solamente garantizan la autonomía privada y pública, sino que generan instituciones estatales, procedimientos y competencias.

(3) El análisis de las relaciones entre el código que representa el derecho y el código que representa el poder, podría, empero, sugerir la equivocada imagen de un intercambio equilibrado y *autosuficiente* entre el derecho y el poder político. Y en efecto, desde el punto de vista de un análisis restringido a términos funcionalistas, el derecho se agota en su aportación a la constitución del código del poder y en el cumplimiento de su propia función. Entre el derecho positivo y el poder político parece ponerse en marcha un proceso circular, que se estabiliza a sí mismo. Pero de hecho, la «profanización» de que fue objeto el poder a principios del mundo moderno, hizo ver inmediatamente que la forma jurídica como tal no bastaba para la legitimación del ejercicio de la dominación. Ciertamente, el poder político sólo debe su autoridad normativa a esa fusión con el derecho, que he expuesto en el modelo. Pero esta reconstrucción muestra también que el derecho sólo mantiene fuerza legitimante mientras pueda actuar como fuente de justicia. Al igual que el poder político mantiene acuartelados medios de coerción como fuente del poder-violencia, así también el derecho ha de *permanecer* presente como fuente de justicia. Pero esta fuente se seca en cuanto el derecho queda a disposición de la razón de Estado.

En la Europa de los siglos XVII y XVIII, cuando la positivación del derecho estaba ya en plena marcha, los teóricos del Derecho natural racional se vieron confrontados con el tipo de dominación que Max Weber describió como «dominación legal». En esta situación la idea de Estado de derecho tenía por parte de esos teóricos el sentido crítico de poner al descubierto la contradicción que llevaban en su seno los propios órdenes jurídicos establecidos: las formas de la dominación legal *pueden* ocultar prerrogativas normativamente injustificadas, concedidas a intereses por el solo hecho de ser los más capaces de imponerse. En este aspecto el derecho natural racional

denuncia la contradicción entre el derecho como forma de organización de *toda* dominación estatalmente organizada que pueda fácticamente afirmarse, y el derecho como condición de legitimidad de precisamente el orden de dominación que pueda apelar a la autoridad de leyes justificadas. En las sociedades tradicionales, entre el derecho fácticamente establecido y el derecho pretendidamente legítimo y tenido por tal, pudo establecerse una conexión plausible mientras se cumplieron *grosso modo* las condiciones descritas en las siguientes escenas.

Sobre el trasfondo de imágenes religiosas del mundo reconocidas, el derecho había poseído en un principio una base sacra; este derecho, administrado e interpretado por juristas-teólogos, quedaba ampliamente aceptado como ingrediente o componente reificado de un orden divino del mundo o de un orden natural del mundo y permanecía como tal substraído a la capacidad de disposición humana. También el ocupante de las posiciones de dominación política quedaba subordinado, en su condición de juez supremo, a ese derecho natural. El derecho establecido burocráticamente por el príncipe, el derecho «positivo» en sentido premoderno, basaba su autoridad en la legitimidad del príncipe (mediada por su condición de juez), en la interpretación que el príncipe hacía de un orden jurídico previamente dado, o en la costumbre, viniendo a su vez asegurado este derecho consuetudinario por la autoridad de la tradición. Pero en cuanto, con el tránsito al mundo moderno, la imagen religiosa del mundo, antes vinculante, se descompuso en convicciones subjetivas de tipo último, y el derecho perdió su dignidad metafísica y su no-instrumentalizabilidad, la constelación descrita cambió radicalmente.

Un derecho convencionalizado se separó de la moral racional postconvencional y se tornó dependiente de las resoluciones de un legislador político que podía programar tanto a la justicia como a la Administración, sin estar ligado, por su parte, a otras normas que a las de la «razón natural». En la circulación entre poder instrumentalmente entendido y derecho instrumentalizado se abría así un vacío de legitimación que el derecho natural racional quiso llenar (o cabe decir, tenía que llenar) recurriendo a la razón práctica. Pues las condiciones de constitución de aquel complejo de derecho y política, evolutivamente tan cargado de consecuencias, que había facilitado el tránsito a las sociedades estatalmente organizadas, habían quedado vulneradas por cuanto que el poder político ya no podía legitimarse recurriendo a un derecho legítimo *de por sí*. Y entonces era la razón la que tenía que sustituir a esas fuentes sacras de justicia que se habían agotado. Pero también el derecho natural racional quedó en buena parte atrapado por la magia dogmática de esa construcción tradicional de un poder de dominación autorizado por un derecho suprapositivo; no pudo superar la idea de un antagonismo

original entre derecho y poder. Tras haberse derrumbado la cúpula del derecho sacro, dejando tras de sí como ruinas esas dos columnas que eran el derecho políticamente establecido y el poder instrumentalmente utilizable, había que buscarle al derecho sacro, es decir, a un derecho que se autorizaba a sí mismo, un sustituto proveniente sólo de la razón que pudiese devolver la verdadera autoridad a un príncipe representado y pensado como legislador político.

Otra perspectiva completamente distinta es la que se abre con el concepto de autonomía política articulado en términos de teoría del discurso, el cual explica por qué para la generación de derecho legítimo han de movilizarse las libertades comunicativas de los ciudadanos. En tal explicación la producción de leyes se hace depender de la generación de otro tipo de poder, a saber, de ese *poder comunicativo* del que Hannah Arendt decía que nadie puede propiamente «poseerlo»: «el poder surge entre los hombres cuando actúan en común y desaparece tan pronto como se dispersan de nuevo»[12]. Conforme a este modelo el derecho y el poder comunicativo brotan cooriginariamente de la «opinión en la que muchos se han puesto públicamente de acuerdo»[13]. La lectura, que, en términos de teoría del discurso, hemos efectuado de la autonomía política, hace necesaria una diferenciación en el concepto de poder político. A la base del poder de la Administración estatal, constituida en términos jurídicos, ha de haber un poder comunicativo productor de derecho, a fin de que no se seque la fuente de justicia, de la que se legitima el derecho mismo. Pero este concepto de poder comunicativo, dogmáticamente introducido por H. Arendt, necesita de un análisis que lo clarifique.

Hasta ahora hemos considerado el uso público de las libertades comunicativas desencadenadas, sólo bajo el aspecto cognitivo de posibilitación de una formación racional de la opinión y de la voluntad: el libre procesamiento de temas y contribuciones, de informaciones y argumentos pertinentes ha de fundamentar para los resultados obtenidos de conformidad con el procedimiento una presunción de racionalidad. Pero las convicciones producidas discursivamente y compartidas intersubjetivamente tienen a la vez una fuerza *motivadora*. Aun cuando ésta no tenga otro alcance que el de la fuerza motivadora débil que caracteriza a las buenas razones, bajo este aspecto el uso público de las libertades comunicativas aparece como generador de potenciales de poder. Ello puede ilustrarse recurriendo al modelo que representan los posicionamientos con un *sí* o con un *no* frente a la simple oferta que representa un acto de habla. La *con*-

12. H. Arendt, *La condición humana*, Barcelona, 1993, p. 223 s.; sobre lo que sigue cf. J. Habermas, «El concepto de poder de Hannah Arendt», en Id., *Perfiles filosófico-políticos*, Madrid, 1975, pp. 205-223.

13. H. Arendt, *Sobre la revolución*, Madrid, 1983.

vicción común que se produce, o que queda corroborada, entre hablante y oyente mediante el reconocimiento intersubjetivo de una pretensión de validez entablada con un acto de habla, significa la aceptación tácita de obligaciones relevantes para la acción; en este aspecto la convicción común crea un nuevo hecho social. Pues bien, al movilizarse las libertades comunicativas de los ciudadanos para la generación de derecho legítimo, tales obligaciones ilocucionarias se adensan formando un potencial con el que han de contar quienes ocupan las posiciones de poder administrativo.

El fenómeno básico del poder no es para Hannah Arendt, como para Max Weber, la oportunidad de imponer dentro de una relación social la propia voluntad contra quienes se resisten a ella, sino el potencial de una *voluntad común* formada en una comunicación exenta de coerción. Hannah Arendt contrapone «poder» (*power*) y «violencia» (*violence*), es decir, la fuerza generadora de consenso de una comunicación enderezada al entendimiento y la capacidad de instrumentalización de una voluntad ajena para los propios fines de uno: «El poder brota de la capacidad humana, no de actuar o hacer algo, sino de concertarse con los demás para actuar de común acuerdo con ellos»[14]. Tal poder comunicativo sólo puede formarse en los espacios públicos no deformados y sólo puede surgir a partir de las estructuras de intersubjetividad no menoscabada de una comunicación no distorsionada. Surge allí donde se produce una formación de la opinión y la voluntad comunes, que con la desencadenada libertad comunicativa de cada uno «para hacer uso público de su razón en todos los aspectos», hace valer la fuerza productiva que representa una «forma ampliada de pensar». Pues ésta se caracteriza por «atener uno su juicio a los juicios, no tanto reales como posibles, de los otros, y ponerse en el lugar de cada uno»[15].

H. Arendt no entiende el poder político ni como un potencial para la imposición de los propios intereses de uno o para la realización de fines colectivos, ni como el poder administrativo de tomar decisiones colectivamente vinculantes, sino como una fuerza *autorizadora* que se manifiesta en la creación de derecho legítimo y en la fundación de instituciones. Se manifiesta en órdenes jurídicos que protegen la libertad política, en la resistencia contra las represiones que amenazan a la libertad política desde fuera y desde dentro, y sobre todo en esos actos fundadores de libertad «que crean nuevas instituciones y leyes»[16]. Cuando de forma más pura se presenta es en esos

14. H. Arendt, «Sobre la violencia», en Id., *Crisis de la República*, Madrid, 1973, p. 146.

15. Recurriendo a la *Crítica del juicio* de Kant (§ 40, B 158), H. Arendt explica la conexión interna entre poder, libertad comunicativa, discurso e imparcialidad en Id., *Lectures on Kant's Political Philosophy*, ed. Ronald Beiner, Chicago, 1982.

16. H. Arendt, «Sobre la violencia», p. 143.

momentos en que los revolucionarios toman el poder que está en la calle; cuando una población decidida a la resistencia pasiva hace frente a los tanques extranjeros con sólo sus manos; cuando minorías convencidas cuestionan la legitimidad de leyes vigentes y ejercitan la desobediencia civil; cuando en los movimientos de protesta irrumpe «el puro placer de la acción». Se trata siempre del mismo fenómeno de *hermanamiento del poder comunicativo con la generación de derecho legítimo*, que Hannah Arendt rastrea en diversos sucesos históricos y para el que le sirve de modelo la Revolución Americana con su fuerza dadora de Constitución.

La contrastación que, en punto a conceptos básicos, efectúa Hannah Arendt entre «poder» y «violencia» le permite, a diferencia de lo que sucede en las construcciones del derecho natural racional, poner el poder del lado del derecho. En la tradición del derecho natural racional el tránsito del estado de naturaleza al estado de sociedad se caracteriza porque las partes que concluyen el contrato renuncian a las libertades que se basan en la fuerza física de cada uno. Delegan sus en principio ilimitadas libertades de acción en un poder estatal que recoge los anárquicos potenciales de poder dispersos y los utiliza para una disciplinadora imposición de libertades subjetivas restringidas mediante la ley. Aquí el derecho que surge de la renuncia al ejercicio de la violencia sirve a la canalización de una violencia que queda así conceptualmente equiparada a poder político. La diferenciación de Hannah Arendt entre poder y violencia suprime esta contraposición. El derecho se vincula *de por sí* con un poder comunicativo que genera derecho legítimo. Con ello cae la tarea clásica de encontrar un sustituto al manantial de justicia que representaba un derecho natural que se legitimaba a sí mismo, cuando ese manantial se agotó; un sustituto del que el poder-violencia puramente fáctico obtuviese la autoridad de una violencia dotada de poder legítimo, capaz así de ejercer la dominación. H. Arendt ha de explicar, en vez de eso, cómo los ciudadanos unidos, al formar poder comunicativo, ponen o establecen derecho legítimo, y cómo, a su vez, aseguran jurídicamente esa praxis, es decir, la praxis del ejercicio de su autonomía política. El hermanamiento conceptual de producción del derecho y formación del poder vuelve a aclarar una vez más restrospectivamente por qué el sistema de los derechos, que constituye una respuesta a esa cuestión, ha de aparecer a la vez como derecho positivo, sin poder reclamar para sí una validez moral o iusnaturalista antecedente a la formación de la voluntad de los ciudadanos.

Ciertamente con el concepto de poder comunicativo sólo aprehendemos el *surgimiento* o aparición de poder político, no el empleo administrativo del poder ya constituido, es decir, el proceso del ejercicio del poder. Tampoco explica ese concepto la lucha por posiciones que facultan para hacer uso del poder administrativo. Arendt

acentúa que tanto el empleo del poder, como la competición en torno a la adquisición y conservación de poder, dependen de, y se ven remitidas a, la formación y renovación comunicativas de ese poder. Contra las teorías sociológicas que se restringen a los fenómenos de reparto del poder y competencia por el poder, Arendt objeta con razón que ninguna dominación política puede ampliar a voluntad las fuentes de su poder. El poder generado comunicativamente es un poder escaso, por el que las organizaciones han de competir y con el que quienes ocupan posiciones de poder pueden hacer economías y cálculos, pero que ninguno de ellos puede producir: «Lo que mantiene unido a un cuerpo político es su potencial de poder, y por lo que se vienen abajo comunidades políticas es por la merma del poder y finalmente por la impotencia. El proceso mismo es inaprehensible porque, a diferencia de lo que sucede con los medios de ejercer violencia, que pueden almacenarse, para después, en caso necesario, emplearse intactos, el potencial de poder sólo existe en la medida en que se realiza... Con poder realizado tenemos que ver siempre que palabras y hechos aparecen inseparablemente entrelazados entre sí, es decir, cuando las palabras no son vacías y los hechos no son violentamente mudos...»[17]. Ahora bien, por más que la legitimidad de una dominación se mida por la concordancia de palabras y hechos, ésta no explica todavía el otro estado de agregación a que hay que hacer pasar el poder comunicativo antes de que éste pueda adoptar, en forma de poder administrativo, esas funciones de sanción, organización y ejecución, a las que, como más arriba hemos mostrado, se ve remitido el sistema de los derechos y que este sistema presupone.

El concepto de poder comunicativo introduce una necesaria diferenciación en el concepto de *poder político*. La política no puede coincidir ya en conjunto con la práctica de aquellos que hablan entre sí para actuar de forma políticamente autónoma. El ejercicio de la autonomía política significa la formación discursiva de una voluntad común, pero no significa todavía la implementación de las leyes que surgen de ella. Con toda razón, pues, el concepto de lo político abarca *también* el empleo de poder administrativo en, y la competencia por el acceso a, el sistema político. La constitución del código que es el poder significa que el sistema administrativo queda así regulado a través del establecimiento de facultades y competencias para tomar decisiones colectivamente vinculantes. Por eso propongo considerar el derecho como el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en administrativo. Pues la transformación de poder comunicativo en poder administrativo tiene el sentido de un *facultamiento* o autorización, es decir, de un otorgar po-

17. H. Arendt, *La condición humana*, pp. 222 ss.

der en el marco del sistema o jerarquía de cargos establecidos por las leyes. La idea de Estado de derecho puede interpretarse entonces en general como la exigencia de ligar el poder administrativo, regido por el código «poder», al poder comunicativo creador de derecho, y mantenerlo libre de las interferencias del poder social, es decir, de la fáctica capacidad de imponerse que tienen los intereses privilegiados. El poder administrativo no tiene que reproducirse *a sí mismo*, sino sólo regenerarse a partir de la metamorfosis de poder comunicativo. En última instancia es esta transferencia la que el Estado de derecho ha de regular, dejando, sin embargo, intacto el código mismo que el poder representa, es decir, sin intervenir en la lógica de la autorregulación del poder administrativo. Desde un punto de vista sociológico, la idea de Estado de derecho no hace sino iluminar el aspecto político del establecimiento de un equilibrio entre los tres poderes de la integración social: el dinero, el poder administrativo y la solidaridad.

Antes de entrar en los principios del Estado de derecho, señalaré las condiciones en las que puede formarse poder comunicativo. Para ello partiré de la lógica de las distintas clases de cuestiones por las que viene determinada la estructura de la formación de la opinión y de la voluntad de un legislador democrático.

II

(1) Los derechos de participación política remiten a la institucionalización jurídica de una formación pública de la opinión y la voluntad, que termina en resoluciones acerca de políticas y leyes. Y tal formación de la opinión y la voluntad ha de efectuarse en formas de comunicación que hagan valer el principio de discurso, como ahora vemos, en un doble aspecto. Éste tiene, en primer lugar, el *sentido cognitivo* de filtrar de tal suerte contribuciones y temas, razones e informaciones, que los resultados alcanzados tengan a su favor la presunción de aceptabilidad racional; el procedimiento democrático ha de fundar o fundamentar la legitimidad del derecho. Pero el carácter discursivo de la formación y la voluntad en el espacio público político y en los órganos parlamentarios tiene también el *sentido práctico* de establecer relaciones de entendimiento que vengan «exentas de violencia» en el sentido de H. Arendt y desencadenen la fuerza productiva que la libertad comunicativa representa. Sólo de las estructuras de una intersubjetividad no menoscabada puede surgir el poder comunicativo que tienen las convicciones comunes. El *entrelazamiento de producción discursiva del derecho y formación comunicativa del poder* se explica, en última instancia, porque en la acción comunicativa las razones constituyen también motivos. Pero

este entrelazamiento se hace sobre todo menester porque las comunidades concretas que quieren regular su convivencia con los medios que les suministra el derecho, no pueden separar las cuestiones de normación de expectativas de comportamiento de las cuestiones de persecución de fines colectivos, en el mismo grado en que ello sería posible en la comunidad idealizada de personas moralmente responsables. Las cuestiones políticas se diferencian de las morales.

A diferencia de la moral, el derecho no regula contextos de interacción *en general*, sino que sirve de medio para la autoorganización de comunidades jurídicas que en unas determinadas circunstancias históricas se afirman en su entorno social. Con ello emigran al interior del derecho contenidos concretos y puntos de vista teleológicos. Mientras que las reglas morales, al concentrarse en lo que es en interés de *todos* por igual, expresan una voluntad absolutamente general, las reglas jurídicas expresan también la voluntad particular de los miembros de una determinada comunidad jurídica. Y mientras que la voluntad moralmente libre, en cierto modo permanece virtual, pues tan sólo dice lo que racionalmente podría ser aceptado por cualquiera, la voluntad política de una comunidad jurídica, voluntad que, ciertamente, ha de estar en consonancia con lo que la moral exige, es también expresión de una forma de vida intersubjetivamente compartida, de constelaciones dadas de intereses y de fines elegidos pragmáticamente. De la propia naturaleza de las cuestiones políticas se sigue que, en el medio del derecho, la normación de formas de comportamiento se abre, por así decir, a la persecución de fines colectivos. Con ello se amplía el espectro de razones que resultan relevantes para la formación de la voluntad política: a las razones morales se añaden razones éticas y razones pragmáticas. Con lo cual los acentos se desplazan de la formación de la opinión a la formación de la voluntad.

Cuanto más concreta es la materia necesitada de regulación y cuanto más concreto es el talle o hechura del derecho, tanto más se expresa *también* en la aceptabilidad de las normas fundamentadas la autocomprensión de una forma de vida histórica, el equilibrio entre intereses de grupos que compiten unos con otros, y una elección empíricamente informada entre fines alternativos. Los puntos de vista teleológicos, que con estos ingredientes volitivos penetran en los contenidos del derecho, se refuerzan en la medida en que una sociedad concentra en el Estado la persecución de fines colectivos; pues en ese mismo grado la actividad legislativa ha de programar esos ampliados ámbitos funcionales y esas crecientes operaciones y contribuciones organizativas del Estado. Incluso en el *modelo liberal*, en el que la persecución de fines colectivos queda desplazada por lo general del poder del Estado (que habría de restringirse a hacer cumplir los derechos subjetivos) a mecanismos de mercado y a

asociaciones voluntarias[18], el derecho no puede mantenerse libre de puntos de vista teleológicos, cuales son los que impregnan la legislación relativa a impuestos y a seguridad militar. Por otro lado, el que se tengan en cuenta fines colectivos no debe destruir la forma jurídica y, por tanto, la función propia del derecho; no debe dar lugar a que el derecho se agote en política. Pues de otro modo desaparecería esa tensión entre facticidad y validez, que en el derecho moderno aparece acuñada en estado puro. La legitimidad quedaría asimilada a la positividad de un orden ético concreto o de una eticidad concreta, la cual no sería sino un remedo de eticidad si el derecho —como sucede en el *modelo institucionalista*— quedase obligado a la articulación de «órdenes concretos» que le viniesen previamente dados[19]. Esa hechura del derecho, mucho más concreta cuando se la compara con reglas morales, concierne tanto al contenido (*a*), como al sentido de la validez de las normas jurídicas (*b*) y al modo de la producción de esas normas (*c*).

(*a*) En los planteamientos deontológicos en teoría moral los preceptos morales quedan sustraídos *a limine* a una interpretación teleológica; esos planteamientos insisten con razón en que el sentido del «deber-ser» moral quedaría malentendido si tan sólo se quisiese ver en él la expresión de que determinados bienes son dignos de apetecerse. «Debemos» seguir los preceptos morales porque los reconocemos como correctos y no porque nos prometamos de ello la realización de determinados fines, aunque se trate de fines tales, cuales son la suprema felicidad personal y el bienestar colectivo. Las cuestiones de justicia conciernen a las pretensiones que se ponen en cuestión en los conflictos interpersonales. Estas pretensiones podemos enjuiciarlas imparcialmente a la luz de normas válidas. Esas normas mismas han tenido a su vez que superar un test de universalización en que se examina qué es bueno para todos por igual. Al igual que «verdadero» es un predicado concerniente a la validez de oraciones asertóricas, así también, «justo» es un predicado concerniente a la validez de aquellos enunciados normativos de tipo universal en que se expresan los preceptos morales. De ahí que la justicia no sea un valor entre otros valores. Los valores compiten siempre con otros valores. Dicen a qué bienes aspiran o qué bienes prefieren determinadas personas y colectivos en determinadas circunstancias. Sólo desde la perspectiva de esas personas y colectivos pueden los valores

18. F. A. von Hayek, *Los fundamentos de la libertad*, Madrid, [5]1991.

19. Sobre los planteamientos antropológicos en sociología del derecho, cf. H. Schelsky, *Die Soziologen und das Recht*, Opladen, 1980; sobre la idea de «orden concreto» en la jurisprudencia, cf. C. Schmitt, *Sobre los modos del pensamiento jurídico* (1934), Madrid, 1996. Sobre estas posiciones de C. Schmitt, cf. I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, München, 1980.

ser puestos transitoriamente en un orden transitivo. Así, pues, mientras que los valores pretenden una validez relativa, la justicia entabla una pretensión de validez absoluta: los preceptos morales pretenden validez para todos y cada uno. También las normas morales encarnan valores o intereses pero sólo aquellos que en vista de la materia de que se trate sean susceptibles de universalización. Esta pretensión de universalidad excluye que los preceptos morales puedan interpretarse teológicamente, es decir, atendiendo a la preferibilidad *relativa* de determinados valores o intereses.

Pues bien, en la fundamentación y aplicación de normas jurídicas entra precisamente en juego esa referencia a fines y bienes colectivos; las normas jurídicas no se mueven en el mismo nivel de abstracción que las normas morales[20]. No dicen en general qué sea bueno por igual para todos los hombres; regulan el contexto de vida de los ciudadanos de una comunidad jurídica concreta. Y regular no significa solamente regular desde puntos de vista de justicia casos de conflicto que típicamente se repiten; la necesidad de regulación no se agota en el tipo de problemas que exigen un empleo moral de la razón práctica. Al medio que es el derecho se recurre precisamente también para tipos de problemas y de situaciones problemáticas, que exigen una persecución cooperativa de fines colectivos y el aseguramiento de bienes colectivos. Los discursos de fundamentación y aplicación tienen, por tanto, que estar abiertos también a un *uso pragmático* y sobre todo a un *uso ético-político de la razón práctica*. En cuanto la formación racional de la voluntad colectiva se endereza a programas jurídicos concretos, no tiene más remedio que traspasar los límites de los discursos relativos a justicia e incluir problemas de autoentendimiento y de conciliación de intereses.

Esta ampliación del espectro de fundamentación no es, empero, óbice a la semejanza estructural que el sistema de los derechos establece entre moral y derecho. También la legislación simple ha de entenderse como concretización de un sistema de derechos convertido en Constitución. Tanto las reglas morales, como las normas jurídicas, son «generales» en un doble aspecto. Primero, en cuanto que ambas clases de normas se dirigen a destinatarios indeterminadamente muchos, es decir, no consienten excepciones y excluyen en su aplicación privilegios o discriminaciones. Esto concierne a la igualdad en la aplicación del derecho. Ciertamente, mientras que las normas morales se dirigen a cualquiera, las normas jurídicas sólo se dirigen a los miembros de la comunidad jurídica. Pero esto no da de por sí un sentido distinto a la «universalidad» o «generalidad» del contenido de las leyes. Idealmente, también las leyes jurídicas regu-

20. R. Dworkin, «Principle, Policy, Procedure», en Id., *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., 1985, pp. 72-103.

lan una materia en interés de todos los afectados por igual y expresan por tanto intereses susceptibles de universalización. Sin embargo, el tener en cuenta por igual todos los intereses significa en el derecho algo distinto que en la moral.

La *igualdad jurídico-material* no se agota en, o se reduce sólo a, justicia, porque las materias reguladas mediante ley no permiten a menudo ese grado de abstracción que no deja lugar para otra cosa que para cuestiones morales o de justicia. Las materias jurídicas conciernen a fines y bienes colectivos de modo que con ellas surgen cuestiones concernientes a la forma concreta de vida, si no ya a la propia identidad común. Pero entonces no solamente ha de aclararse qué es bueno para todos por igual, sino también quiénes son (y quieren ser) los participantes de que se trate y cómo quieren vivir. En vista de las metas que esos participantes eligen a la luz de valoraciones fuertes, se nos plantea además la cuestión de cuál es para ellos el mejor modo de conseguirlas. El ámbito de las cuestiones de justicia se amplía, pues, con problemas concernientes al autoentendimiento de los implicados y con cuestiones concernientes a la elección racional de medios, y, naturalmente, con problemas de conciliación entre intereses que, al no ser susceptibles de generalización, hacen menester compromisos. Sólo cuando una ley expresa un consenso racional en lo tocante a todas estas clases de problemas, podemos decir que es general en cuanto a contenido, en el sentido de un igual trato material.

Esta igualdad jurídico-material constituye el criterio normativo de la bondad de las leyes en la medida en que éstas no se establecen sólo desde el punto de vista de la seguridad jurídica «como medio para la regulación más fiable y detallada posible de los decursos sociales de acción», sino que se las establece también desde el punto de vista de la configuración racional de una forma de vida intersubjetivamente compartida «como forma jurídica de acción para la realización de decisiones políticas tomadas democráticamente», y también «como un medio que, apoyado por las dos funciones anteriores, se endereza a asegurar espacios de libertad individual y de capacidad de disposición individual»[21]. Pero si la igualdad jurídico-material ha de medirse por un conjunto tan complejo de criterios, el sentido de la validez deontológica de las leyes jurídicas no puede coincidir con el sentido de la corrección o rectitud de las reglas morales, el cual sólo se mide por criterios de justicia.

(*b*) En la dimensión de la validez del derecho, por ser las normas jurídicas normas que vienen impuestas, se unen por lo demás el

21. E. Denninger, «Verfassung und Gesetz», en *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1986, pp. 300 s.

momento de la validez o aceptabilidad racional y el momento de la validez social o aceptancia. La validez jurídica tiene el sentido ilocucionario de una declaración: la autoridad estatal declara que una norma puesta en vigor ha quedado suficientemente justificada y es fácticamente aceptada. Pero lo que nos importa en nuestro contexto es la cuestión de la diferenciación del sentido de la validez o del sentido de la legitimidad del derecho.

Conforme a la lectura efectuada en términos de ética del discurso las normas morales pueden presentarse con una pretensión de validez puramente cognitiva, puesto que con el principio de universalización se dispone de una regla de argumentación que permite la decisión racional de cuestiones práctico-morales. También las normas jurídicas, pese a su ámbito restringido de validez, entablan la pretensión de concordar con normas morales, es decir, de no contravenirlas. Pero las razones morales no tienen en este caso una selectividad *suficiente*. Las normas son válidas aun cuando puedan justificarse no sólo con razones morales, sino también con razones pragmáticas y ético-políticas, o, en un caso dado, puedan presentarse también como resultado de un compromiso *fair*. En la fundamentación de las normas jurídicas hay que hacer uso de la razón práctica en todo el espectro de ésta. Estas *ulteriores* razones tienen, sin embargo, una validez dependiente del contexto, justo una validez relativa. Una autocomprensión colectiva sólo puede ser auténtica dentro del horizonte de una forma de vida en la que ya nos encontramos; la elección de una estrategia sólo puede ser racional atendiendo a determinados fines que nos hemos propuesto; y un compromiso sólo puede ser equitativo sobre el trasfondo de unas determinadas constelaciones de intereses. Las correspondientes razones sólo valen relativamente a la identidad de la comunidad jurídica (identidad que viene histórica y culturalmente acuñada), a las orientaciones valorativas, a las metas y a las constelaciones de intereses de sus miembros. Aun cuando se parta de que en el curso de una formación racional de la voluntad colectiva las actitudes y motivos cambian en función de los argumentos, no puede prescindirse de la facticidad de los contextos existentes; pues de otro modo, los discursos éticos y pragmáticos, así como los compromisos, carecerían de objeto. A causa de esta referencia al *substrato voluntativo fáctico* de una comunidad jurídica, en el sentido de la validez (y no sólo de la obligatoriedad social) de las normas jurídicas penetra un momento volitivo. La expresión «legitimidad», aplicada a los componentes de validez del complejo que forman la validez-vigencia jurídica, no hace sino señalar esta diferencia que en la dimensión de la validez deontológica se nos presenta respecto de la «moralidad». Las normas morales válidas son «correctas» en ese sentido de «justas» que reiteradamente hemos aclarado en términos de teoría del discurso. Las normas jurídicas válidas concuerdan, cier-

tamente, con las normas morales; pero son «legítimas» en el sentido de que, allende eso, expresan una autocomprensión auténtica de la comunidad jurídica, un equitativo tener en cuenta todos los intereses y valores distribuidos en ella, así como la elección racional (con arreglo a fines) de estrategias y medios.

(*c*) Pero el elemento teleológico no sólo se impone, así en el contenido, como en el sentido de la validez de las leyes, sino también en las contingencias del proceso de producción legislativa. Las normas morales que regulan una convivencia entre sujetos capaces de lenguaje y de acción, articulada conforme a razón, no son normas que ya estuviesen ahí y nos limitásemos sólo a «descubrir», sino normas que son a la vez normas construidas[22]. Pero en las normas jurídicas, con cuya ayuda configuramos racionalmente una forma concreta de vida, el momento de construcción sobresale con más fuerza. Cuanto más se enderezan las normas a formas de vida concretas y a circunstancias concretas de vida, tanto menor es el peso del momento pasivo de intelección, convicción y descubrimiento frente al momento activo de proyección y configuración. Las razones que justifican a las reglas morales conducen a un *entendimiento*, a un estar de acuerdo, racionalmente motivado; la fundamentación de normas jurídicas sirve a un *convenio* racionalmente motivado. En el primer caso nos convencemos de qué deberes *tenemos*, en el segundo, de qué obligaciones *deberíamos contraer* o asumir. Rawls distingue a este respecto entre deberes naturales, por un lado, y obligaciones que contraemos voluntariamente (*natural duties vs. obligations*). Las obligaciones «surgen por actos voluntarios... Por lo demás su contenido viene siempre fijado por instituciones o usos, cuyas reglas indican lo que ha de hacerse». En cambio, los deberes naturales se caracterizan «por ser válidos entre los hombres con independencia de las relaciones institucionales de éstos; son válidos entre ellos como sujetos morales iguales»[23].

La idea de autolegislación, que para la voluntad individual significa autonomía moral, cobra para la formación de la voluntad colectiva el significado de autonomía política no sólo porque en este caso el principio de discurso se aplique a otra clase de normas de acción y, con el sistema de los derechos, adopte él mismo forma jurídica. No es sólo la forma jurídica la que distingue la autolegislación política de la autolegislación moral, sino la contingencia de la forma de vida, de las metas y de las constelaciones de intereses, que definen

22. J. Rawls, «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en Id., *Justicia como equidad*, Madrid, 1986, pp. 137-187; cf. sobre esto J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 127 ss.

23. J. Rawls, *Teoría de la justicia*, México, 1979, p. 138.

de antemano la identidad de la voluntad que se determina a sí misma. Mientras que la voluntad moralmente buena se agota, por así decir, en razón práctica y, por tanto, en la dimensión universalista que la razón práctica tiene, la voluntad política, por más racionalmente fundada que venga, comporta todavía contingencia en la medida en que las razones a las que apela sólo son válidas relativamente a contextos contingentes. Y ésta es la razón de que la comunidad de convicciones alcanzada por el legislador político se manifieste en la forma de poder comunicativo.

(2) El peso comparativamente más fuerte que el momento volitivo tiene en la producción del derecho se explica por la lógica de las cuestiones no-morales y por el carácter contextual de las razones no-morales que entran en la formación de la opinión y la voluntad del legislador político. Si ahora queremos investigar las formas de comunicación que garantizan el carácter discursivo de la práctica de la autodeterminación, habremos de concentrarnos en el lado cognitivo e identificar los correspondientes tipos de problemas que habrán de elaborarse en los procesos de producción legislativa.

M. Kriele ve la fecundidad de la teoría del discurso en que «nos vuelve conscientes acerca de qué es lo que se presupone ya en cada discurso, a saber, acerca de la posibilidad de la razón, que depende de la observancia de las reglas del discurso. Este volvernos consciente tiene también una función política: la teoría del discurso defiende la forma de Estado centrada en la discusión, es decir, el Estado constitucional democrático, contra las teorías políticas que ponen en principio en cuestión el fundamento de esa forma de Estado»[24]. Kriele piensa «que sólo bajo el presupuesto que la idea de esa forma de Estado representa, tiene sentido la argumentación política y jurídica, aun cuando los presupuestos idealizadores que la argumentación comporta no resulten factibles en la praxis política»[25]. Con esta reserva Kriele no hace sino subrayar que a la lógica del discurso no se la debe conectar en cortocircuito con ninguno de los procedimientos institucionalizados en términos de Estado de derecho. Una aplicación de la ética del discurso al proceso democrático, efectuada sin las *necesarias mediaciones*, o la aplicación de un concepto de discurso no suficientemente aclarado, no pueden conducir sino a disparates; y éstos ofrecen entonces a los escépticos pretextos para desacreditar ya en su propio planteamiento el proyecto de una teoría discursiva del derecho y la política[26]. De ahí que sean menester diferenciaciones.

24. M. Kriele, *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979, p. 31.

25. *Ibid.*, p. 30.

26. H. Scheit, *Wahrheit - Demokratie - Diskurs*, Freiburg, 1987, pp. 370 ss.

El principio de discurso, y ésta es su nota más general, hace depender la validez de toda clase de normas de acción del asentimiento de aquellos que como afectados participan en «discursos racionales». Cuando el principio de discurso se aplica a normas de comportamiento que regulan interacciones simples en un círculo de destinatarios que en principio resulta indefinido, surgen cuestiones a las que responde un determinado tipo de discurso, a saber, la forma de la argumentación moral. Cuando el principio de discurso se aplica a normas de acción que pueden presentarse en forma jurídica, entran en juego cuestiones políticas de distintos tipos. A la lógica de estas cuestiones corresponden distintos tipos de discurso y formas de negociación.

Un colectivo se ve confrontado con la cuestión de «¿Qué debemos hacer?» cuando se ve ante determinados problemas que han de ser resueltos en términos cooperativos, o cuando se plantean conflictos de acción que han de resolverse en términos consensuales. El tratamiento racional de estas cuestiones exige una formación de la opinión y de la voluntad que conduzca a resoluciones fundadas concernientes a la persecución de fines colectivos y a resoluciones fundadas acerca de la regulación normativa de la convivencia. En el primer caso el colectivo se entiende como un cuasi-sujeto capaz de actuar enderezándose a un fin, en el segundo como una comunidad de individuos que se entienden acerca de qué comportamiento pueden legítimamente esperar unos de otros. Pues bien, en cuanto se erigen códigos como son el código jurídico o el código que representa el poder las deliberaciones y decisiones toman la forma diferenciada que representa la formación política de la opinión y la voluntad comunes. Por un lado, el colectivo, en tanto que deliberante y en tanto que tomador de decisiones, se separa de aquellas partes o instancias que actúan en su lugar, es decir, que aplican y ejecutan los programas acordados. Por otro lado, el colectivo de miembros de una sociedad se transforma en el colectivo de miembros de una comunidad jurídica, que, como ciudadanos, quieren ejercer su autonomía dentro de un sistema de derechos necesitado de interpretación y que hay que desarrollar. El derecho no solamente otorga a las normas que regulan los conflictos una determinada forma; somete también la realización de fines colectivos a determinadas restricciones. Los programas traducidos al lenguaje del derecho, o bien tienen ellos mismos forma de ley (y, dado el caso, también la forma de leyes-medida, de leyes relativas a un caso particular, de leyes enderezadas a regular indirectamente la consecución de un fin), o bien conectan con el derecho vigente. En las deliberaciones acerca de políticas y leyes la cuestión básica «¿qué debemos hacer?» se diferencia según el tipo de materia necesitada de regulación. La expresión «debemos» no tiene sino un sentido

inespecífico mientras no se defina y determine el problema correspondiente y el aspecto bajo el que ha de solucionarse. Estos aspectos voy a especificarlos recurriendo como hilo conductor a la diferencia entre cuestiones pragmáticas, éticas y morales. Los implicados, bajo los aspectos que, respectivamente, representan lo adecuado (es decir, lo conducente a un fin), lo bueno, y lo justo, hacen un uso de la razón práctica distinto en cada uno de esos casos. A ello corresponden tipos distintos de discurso que aquí sólo puedo bosquejar en sus rasgos más esenciales[27].

Las *cuestiones pragmáticas* se plantean desde la perspectiva de un agente que, dadas unas determinadas metas y preferencias, busca los fines adecuados para la realización de sus metas. También esas metas pueden volverse problemáticas ellas mismas. Entonces ya no se trata de una elección de medios «racional con arreglo a fines», sino de la ponderación de metas a la luz de valores aceptados. La voluntad del actor sigue viniendo determinada también ahora por intereses u orientaciones valorativas, y sólo permanece abierta para ulteriores determinaciones en lo tocante a alternativas en la elección de los medios o en lo tocante a las metas y fines en los que tales valores han de concretarse. Para la elección fundada de técnicas o de estrategias de acción lo obvio es recurrir a comparaciones y ponderaciones que el actor, apoyándose en observaciones y pronósticos, puede emprender desde los puntos de vista que representan la eficiencia u otras reglas de decisión. La ponderación de fines, hecha desde la perspectiva de determinados valores, y la ponderación de medios, hecha desde la perspectiva de la adecuación de éstos para la consecución de los fines de que se trate, conducen a recomendaciones hipotéticas que ponen en relación causas y efectos conforme a las preferencias valorativas y a los fines apetecidos. Estas recomendaciones de acción tienen la forma semántica de imperativos condicionados. Toman en última instancia su validez del saber empírico que asumen o absorben. Quedan fundadas o justificadas en *discursos pragmáticos*. En tales discursos resultan decisorios los argumentos que ponen en relación el saber empírico con preferencias dadas y fines apetecidos y valoran y enjuician las consecuencias de las decisiones alternativas (que por lo general se producen en condiciones de incertidumbre) conforme a las máximas de que se parte.

Pero en cuanto los valores que sirven de orientación se vuelven ellos mismos problemáticos, la cuestión de «¿qué debemos hacer?» apunta más allá del horizonte de la racionalidad con arreglo a fines. Preferencias contrapuestas y en pugna no hacen a veces sino expre-

27. Sobre lo que sigue, cf. J. Habermas, «Vom pragmatischen, ethischen und moralischen Gebrauch der praktischen Vernunft», en Id., *Erläuterungen zur Diskursethik*, pp. 100-118.

sar pugnas de intereses, que no pueden desactivarse o neutralizarse en el plano de los discursos. Pero en ocasiones constelaciones de intereses y orientaciones valorativas, sobre las que la disputa versa, están tan enraizadas en la forma de vida intersubjetivamente compartida de una comunidad, que decisiones valorativas graves afectan a una autocomprensión colectiva no aclarada. Las cuestiones *ético-políticas* se plantean desde la perspectiva de miembros que en cuestiones de vital importancia quieren aclararse acerca de cuál es la forma de vida que comparten y en función de qué ideales quieren proyectar su vida en común. La cuestión ético-existencial planteada en singular acerca de quién soy y de quién quiero ser, de qué forma de vida es buena para mí, se repite en plural, mudando con ello su sentido[28]. La identidad de un grupo se refiere a las situaciones en las que los miembros pueden decir enfáticamente «nosotros»; no es una identidad del yo en formato ampliado, sino que constituye el complemento de la identidad del yo. Pues según nos apropiemos de las tradiciones y formas de vida en las que hemos crecido, prosiguiéndolas de forma selectiva, de ello dependerá el como quiénes nos reconocemos en estas tradiciones culturales, el quiénes somos y quiénes queremos ser como ciudadanos. Las decisiones valorativas graves son las que tienen que ver, y cambian con, la autocomprensión político-cultural de una comunidad histórica. Ilustración acerca de esta autocomprensión nos la ofrece y suministra una hermenéutica que sirve a la apropiación crítica de nuestras propias tradiciones y con ello a un cercioramiento intersubjetivo de orientaciones de vida y convicciones valorativas, que se caractericen por su autenticidad[29].

Las cuestiones éticas se responden con consejos clínicos que se basan en la reconstrucción de la forma de vida de la que así uno se vuelve consciente y se la apropia a la vez críticamente, es decir, explorándola y sondeándola bien. Esos consejos unen el componente descriptivo que representa la descripción de tradiciones configuradoras de la identidad individual y colectiva, con el componente normativo que representa la proyección de una forma de vida que pueda considerarse ejemplar y que venga justificada desde tomas de postura frente a dicha génesis. El sentido imperativista que estos consejos tienen puede entenderse como un «deber-ser» que no depende de fines o preferencias subjetivos (que puedan darse por supuestos), sino que dice qué formas de acción son «buenas

28. R. Beiner, *Political Judgement*, London, 1983; E. Vollrath, *Die Rekonstruktion der politischen Urteilskraft*, Stuttgart, 1977.

29. La hermenéutica filosófica de Gadamer explica la lógica de tales procesos de autoentendimiento: H. G. Gadamer, *Verdad y método*, Salamanca, 1977; más cortado aún a la medida de las cuestiones ético-políticas está el análisis que hace A. MacIntyre en *Justicia y racionalidad*, Pamplona, 1994.

para nosotros» a largo plazo y en conjunto. Tales consejos se fundamentan en *discursos éticos*. En estos discursos resultan decisorios los argumentos que se apoyan en una explicitación de la autocomprensión de nuestra forma de vida históricamente transmitida y en este contexto las decisiones valorativas se miden por la meta, *para nosotros* absoluta, de un modo de vida caracterizado por la autenticidad.

Hasta ahora hemos considerado los procesos de la formación de una voluntad política racional bajo dos aspectos. Las deliberaciones sirven, por un lado, a la precisión y ponderación de fines colectivos, así como a la construcción y selección de estrategias de acción que resulten aptas para la consecución de esos fines, mientras que, por otro, el horizonte de las orientaciones valorativas en el que se plantean las tareas que representan el proponerse metas y realizarlas puede quedar incluido a su vez en el proceso de formación de la voluntad por vía de un autoentendimiento en el que hacemos reflexivamente nuestras tradiciones en las que estamos. En los discursos pragmáticos examinamos si las estrategias de acción son o no conducentes a un fin, y ello bajo el presupuesto de que sabemos lo que queremos. En los discursos ético-políticos nos cercioramos de la configuración de valores, bajo el presupuesto de que aún no sabemos qué es lo que en realidad queremos *propiamente*. En discursos de esta clase podrán justificarse programas en la medida en que éstos resulten conducentes a las metas de que se trate y, consideradas las cosas en conjunto, sean buenos para nosotros. Pero una fundamentación o justificación suficiente habrá de tener en cuenta un aspecto más, a saber, el de la justicia. El que queramos un programa o el que debamos aceptarlo, dependerá también de si la correspondiente práctica es buena *para todos por igual*. Con ello se desplaza una vez más el sentido de la cuestión «¿qué debemos hacer?».

En las *cuestiones morales* el punto de vista teleológico desde el que hacemos frente a problemas mediante una cooperación enderezada a la consecución de un determinado fin, pasa por entero a segundo plano frente al punto de vista normativo desde el que examinamos cómo queremos regular nuestra convivencia en interés de todos por igual. Una norma sólo es justa si todos pueden querer que, en situaciones comparables, sea seguida por todos. Los preceptos morales tienen la forma semántica de imperativos categóricos incondicionados. El sentido imperativista de estos preceptos puede entenderse como un «deber-ser» que no depende ni de los fines o preferencias subjetivos, ni tampoco de la meta absoluta que representa una forma de vida buena o no fallida. Lo que *debe* hacerse tiene aquí el sentido de que la correspondiente práctica es *justa*. Tales deberes se fundamentan en *discursos morales*. En éstos resultan decisorios los argumentos que prueban que los intereses

encarnados en las normas de que se trate son en absoluto susceptibles de universalización. En el discurso moral la perspectiva etnocéntrica de un determinado colectivo se amplía y se convierte en la perspectiva más amplia de una «comunidad de comunicación» deslimitada, cuyos miembros son capaces de ponerse todos en la situación y en la comprensión que de sí y del mundo tienen todos y cada uno y de practicar en común una asunción ideal de rol (en el sentido de G. H. Mead).

El principio de universalización obliga a los participantes en el discurso a averiguar, recurriendo a casos particulares *previsiblemente típicos*, si las normas en cuestión podrían encontrar el asentimiento meditado de todos los afectados. Las reglas morales resisten este test sólo en una versión estándar, completamente descontextualizada; por tanto, sólo pueden aplicarse sin más a aquellas situaciones *estándar* que vienen de antemano contempladas en su (de las reglas) componente condicional. Pero como en los *discursos de fundamentación* no pueden contemplarse *ex ante* todas las posibles constelaciones de casos particulares futuros, la aplicación de normas exige una clarificación argumentativa por derecho propio. En tales *discursos* aplicativos la imparcialidad del juicio se la hace valer, no recurriendo otra vez a un principio de universalización, sino a un principio de adecuación. Sobre esta propuesta de Klaus Günther volveré en relación con el análisis de la práctica de las decisiones judiciales.

(3) Pues bien, en la formación de la opinión y la voluntad discursivamente estructurada, de un legislador político, se entrelaza la producción del derecho con la formación de poder comunicativo. Esta conexión podemos aclarárnosla recurriendo a un modelo procesual articulado en términos de lógica de la argumentación, que parte de las cuestiones pragmáticas, que a través de la ramificación en formación de compromisos y discursos éticos progresa hacia la aclaración de cuestiones morales, y que acaba en un control jurídico de constitucionalidad de las normas. En esta secuencia va cambiando la constelación que forman razón y voluntad. Por el camino que va de las recomendaciones técnicas o estratégicas a los preceptos morales, pasando por los consejos clínicos, con el desplazamiento del sentido ilocucionario del «deber-ser» o del «debemos» cambia también el concepto de voluntad a la que en cada caso se dirigen esos imperativos.

El «deber-ser» de las recomendaciones pragmáticas, que es un «deber-ser» relativizado en función de fines y valores dados, se dirige al *arbitrio* de actores que toman decisiones prudentes o inteligentes sobre la base de constelaciones de intereses y orientaciones valorativas hipotéticamente presupuestas. Esas constelaciones y orientaciones permanecen ellas mismas externas a los discursos pragmáticos en los que se justifica la elección entre posibles alternativas de acción. La validez de las recomendaciones pragmáticas es, por tanto, independiente de que se produzcan la adopción y observancia de las correspondientes prescripciones de acción. Pues no se da una relación entre razón y voluntad, entre consideración práctica y aceptación de los resultados de ella, que sea *interna al propio discurso*.

El «deber-ser» de los consejos clínicos, que es un «deber-ser» relativizado de conformidad con el *telos* que representa una vida buena para nosotros, se dirige a la fuerza de *decidirse y resolverse* de un colectivo que quiere asegurarse una forma de vida auténtica, es decir, caracterizada no por el dejarse llevar, sino por una asunción reflexiva de lo que se es. En tales procesos de autoentendimiento se solapan los papeles de participantes en discursos y de miembros de una comunidad histórica. Aquí génesis y validez no pueden separarse ya como sucede en el caso de las estrategias de acción proyectadas de forma racional con arreglo a fines. El tornarnos conscientes que los discursos ético-políticos promueven, a la vez que introduce una mudanza en la autocomprensión hermenéuticamente aclarada de un grupo, cambia también la identidad de éste; con la fundamentación de decisiones valorativas importantes, como son las que pertenecen a esta dimensión, las convicciones así generadas acaban en decisiones acerca de quién se quiere ser, pues aquí los argumentos se dan la mano con el deseo de, o aspiración a, una forma de vida auténtica. Por otro lado, en tales resoluciones hermenéuticamente aclaradas, se expresa también la afirmación de una forma de vida a la luz de tradiciones que el colectivo hace críticamente suyas. Razón y voluntad se determinan recíprocamente en los discursos éticos; pues éstos permanecen insertos en el contexto que en ellos se convierte en tema. Los participantes en la argumentación no pueden en el proceso de autoentendimiento hermenéutico salirse de la forma de vida en la que fácticamente se encuentran.

En cambio, la entrada en los discursos morales exige el retraerse de todos los contextos normativos contingentemente vigentes. Esos discursos se hallan sujetos a condiciones de comunicación que exigen la ruptura con cosas que en el mundo de la vida resultan obvias, y en especial el adoptar una actitud hipotética frente a las normas de acción que en cada caso se tematicen y a las pretensiones de validez de éstas. El «deber-ser» categórico de los preceptos morales está dirigido a la *voluntad* autónoma de actores que se dejan determinar racionalmente por vía de tomar conciencia de aquello que todos podrían querer. A diferencia del *arbitrio* y de lo que hemos llamado fuerza de decidirse y resolverse, esta *voluntad* queda libre de los rasgos heterónomos que representan los intereses y orientaciones valorativas contingentes, y en particular las formas de vida cultura-

les y sus tradiciones configuradoras de identidad. En terminología kantiana la voluntad autónoma está *enteramente* traspasada de razón práctica. Podemos también decir que la voluntad autónoma se vuelve interna a la razón práctica. Pero la voluntad autónoma paga esta su racionalidad con el precio de no poderse imponer en el mundo social en el que se actúa, si no es con la fuerza que tienen los motivos racionales por los que se deja determinar. Pero este déficit de motivación queda compensado en las deliberaciones del legislador político mediante institucionalización jurídica.

Conforme a los aspectos pragmáticos, éticos y morales que tenga una materia necesitada de regulación, cambian, por tanto, las constelaciones que forman razón y voluntad. Estas constelaciones explican el problema del que parte la formación discursiva de una voluntad política común. Supongamos, por mor de la simplicidad, que las cuestiones políticas empiezan planteándose en la forma pragmática de una elección de fines colectivos orientada a determinados valores, y de una ponderación racional de estrategias conducentes a esos fines, sobre todo lo cual el legislador político quiere tomar una decisión. Hacemos comenzar nuestro modelo procesual con la fundamentación pragmática de programas generales que quedan pendientes de aplicación y ejecución. La fundamentación depende en primer lugar de una correcta interpretación de la situación y de la descripción adecuada del problema que se busca solucionar, del aflujo de informaciones relevantes y fiables, de la elaboración correcta de esas informaciones, que en caso necesario habrá de venir también teoréticamente asistida, etc. En este *primer estadio* de la formación de la opinión y la voluntad será menester un cierto saber de expertos que, naturalmente, es falible y rara vez valorativamente neutral, es decir, rara vez es incontrovertido. Ya en la misma evaluación política de los informes y contrainformes de los expertos entran en juego puntos de vista que dependen de preferencias. En estas preferencias se expresa una pluralidad de constelaciones de intereses y orientaciones valorativas que en el segundo estadio entran abiertamente en competencia entre sí; pues entonces sobre la base de descripciones, pronósticos y alternativas de acción, sobre los que haya acuerdo, hay que tomar una decisión entre las distintas propuestas acerca de cómo encarar el problema de que se trata. En este segundo estadio, sobre lo que se discute es sobre las orientaciones valorativas mismas que se hayan vuelto problemáticas, lo cual hace necesario un cambio de nivel de discurso. Los discursos pragmáticos sólo se extienden a la construcción de programas posibles y a la estimación de las consecuencias de programas posibles y no a la formación racional de la voluntad, voluntad que sólo puede adoptar una de las mencionadas propuestas si *ha hecho suyos* los fines y valores que en esa propuesta se presuponen hipotéticamente.

En el caso ideal, y de él partimos en nuestro modelo, es mediante razones como se decide acerca del nivel en el que *ha de proseguirse* la controversia. La decisión que se tome dependerá del aspecto bajo el que la propia materia necesitada de regulación resulte accesible a una ulterior clarificación. Se plantean *tres alternativas*. Si se trata directamente de una cuestión moralmente relevante —pensemos en cuestiones de derecho penal como son el aborto o los plazos de prescripción para los distintos tipos de delito, en cuestiones de derecho procesal penal como es la prohibición de determinados métodos de obtener pruebas, o en cuestiones de política social, de derecno fiscal, de organización de la educación y la sanidad, que afectan a la distribución de la riqueza social, a las oportunidades en la vida de uno y a las oportunidades de supervivencia—, entonces lo indicado son discursos que sometan los intereses y orientaciones valorativas en pugna a un test de universalización en el marco de un sistema de derechos interpretado y desarrollado en términos de derecho constitucional. Si, en cambio, se trata de una cuestión éticamente relevante —pensemos en las cuestiones ecológicas de protección del medio ambiente y de los animales, en cuestiones concernientes a la planificación del tráfico y a la ordenación de las ciudades, o en cuestiones de política de inmigración, de protección de las minorías étnicas y culturales, y en general en cuestiones concernientes a la cultura política, entonces lo indicado son discursos que penetren a través de los intereses y orientaciones valorativas, en los que se generó el desacuerdo, y que, por vía de procesos de autoentendimiento, nos hagan reflexivamente conscientes de concordancias profundas, radicadas en la propia forma de vida común.

Pero en las sociedades complejas puede que, ni incluso en condiciones ideales, estén abiertas ni la primera ni la segunda alternativa, como ocurre siempre que todas las regulaciones propuestas afectan de muy distintos modos y maneras a intereses muy diversos, sin que quepa fundamentar un interés generalizable o el predominio unívoco de un determinado valor. En estos casos queda la alternativa que representan las negociaciones, alternativa que, ciertamente, exige la disponibilidad a la cooperación por parte de agentes que actúan orientados a su propio éxito[30]. Las *negociaciones* espontáneas o no reguladas se enderezan a compromisos, los cuales serán aceptables para los implicados si se cumplen tres condiciones. Tales compromisos han de tener por contenido una solución que (*a*) sea

30. J. Elster (*El cemento de la sociedad*, Barcelona, 1991, p. 30) define como sigue el motivo de las negociaciones: «Las negociaciones se producen cuando existen varios dispositivos para la cooperación y las partes implicadas muestran respecto a ellos preferencias en conflicto».

para todos más ventajosa que la ausencia de solución, que excluya tanto (*b*) a *free riders*, es decir, a quienes eludan la cooperación, como (*c*) a explotados, es decir, a quienes pongan en la cooperación más que lo que sacan de ella. Los procesos de negociación están cortados a la medida de situaciones en las que no pueden neutralizarse las relaciones de poder social, neutralización que es el supuesto de los discursos racionales. Los compromisos alcanzados en tales negociaciones contienen un convenio que establece un equilibrio entre intereses contrapuestos. Mientras que un acuerdo racionalmente motivado se apoya en razones que convencen del mismo modo a todas las partes, un compromiso puede ser aceptado por las diversas partes por razones en cada caso *distintas*. La cadena discursiva de una formación racional de la voluntad tendría, empero, que romperse por el eslabón que representan tales compromisos si en las negociaciones, siquiera de forma indirecta, no pudiera hacerse aún valer el principio de discurso.

De forma directa, es decir, dentro de las negociaciones mismas, ello no es posible, porque las partes, mediante amenazas y promesas, introducen en la interacción un poder de negociación que puede privar al lenguaje empleado en común de sus efectos ilocucionarios de vínculo y restringir el uso del lenguaje a la consecución estratégica de efectos perlocucionarios: «Negociar es embarcarse en una comunicación con el propósito de *forzar o inducir* al oponente a aceptar la pretensión de uno. Para alcanzar este fin, los negociadores se basan en amenazas y promesas que habrán de ejecutarse fuera de la reunión o asamblea misma. El poder de negociación no deriva del "poder del mejor argumento", sino de recursos materiales, de la potencia física, etc. Las afirmaciones que se hacen en un proceso de negociación se hacen con la pretensión de que resulten creíbles, en el sentido de que los negociadores tienen que *hacer creer* a sus oponentes que las amenazas y promesas pueden de verdad llevarse a efecto»[31]. Así, pues, el principio de discurso, que tiene por fin asegurar un consenso sin coerciones, sólo puede hacerse valer en este caso indirectamente, a saber, mediante procedimientos que *regulen* las negociaciones de suerte que éstas resulten *fair*. Así, por ejemplo, el poder de negociación no neutralizable, ha de quedar al menos disciplinado mediante su equidistribución entre las partes. En la medida en que la negociación de compromisos discurra conforme a procedimientos que aseguren a todos los interesados iguales oportunidades de participar en las negociaciones y durante las negociaciones les otorguen iguales oportunidades de ejercer mutuamente influencia unos sobre otros, y, por tanto, en términos generales, creen también iguales oportunidades para que se hagan valer todos los intereses afectados, en la medida, digo, en que se den estas condiciones, habrá base para presumir que los acuerdos y arreglos a que se llegan son *fair*.

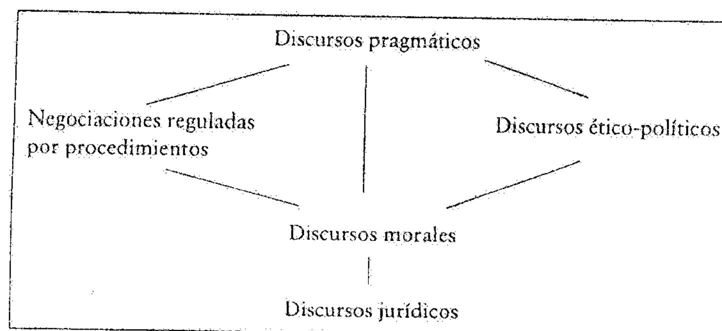
31. J. Elster, *Arguing and Bargaining*, manuscrito, 1991, p. 3.

En tales procedimientos el tener en cuenta por igual los intereses de cada participante queda definido como el problema de llegar de conformidad con esos procedimientos a un *concierto* o *arreglo* entre quienes tienen poder y no como un problema de entendimiento entre participantes en un discurso, que hacen uso de su libertad comunicativa para posicionarse frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica, con el fin de *convencerse* mutuamente de la rectitud y fuerza de sus argumentos. Pero consideradas las cosas normativamente, una formación de compromisos que resulte *fair*, no reposa sobre sus propios pies. Pues las condiciones procedimentales bajo las que los compromisos a que fácticamente se llegue puedan tener también a su favor la presunción de ser *fair*, tienen que ser justificadas en discursos morales. Además las negociaciones sólo pueden ser admisibles o necesarias cuando están en juego intereses particulares, es decir, intereses que por principio no sean susceptibles de universalización, lo que a su vez ha de comprobarse en discursos morales[32]. Las negociaciones *fair* no destruyen, pues, el principio de discurso, sino que lo presuponen.

Porque la formación de compromisos no puede sustituir a los discursos morales, precisamente por eso la voluntad política no puede reducirse a la formación de compromisos. *Mutatis mutandis* esto vale también para los discursos ético-políticos, pues sus resultados han de ser al menos compatibles con principios morales. Por ejemplo, una autocomprensión fundamentalista privilegiaría decisiones valorativas a cuya luz se preferirían regulaciones no igualitarias. Sólo cuando se asumen las condiciones del pensamiento posmetafísico, conducen los discursos ético-políticos a regulaciones que de por sí sean en igual interés de todos los miembros. Y por tanto, sólo la compatibilidad de todos los programas obtenidos discursivamente o mediante negociación con lo que es o sería susceptible de justificarse moralmente, garantiza que el principio de discurso se tenga en cuenta y respete con toda generalidad. La formación racional de la voluntad política se presenta en el modelo procesual que hemos propuesto, como una red de discursos y negociaciones, que pueden estar retroalimentativamente conectados entre sí por múltiples sendas. Por lo menos tienen lugar transferencias por las siguientes vías:

32. J. Habermas, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Buenos Aires, 1975, pp. 135 ss.; Id., «La utopía del buen gobernante», en R. Spaemann (ed.), *Crítica de las utopías políticas*, Pamplona, 1980, pp. 223-237.

Un modelo procesual de la formación racional de la voluntad política



La formación de la voluntad política termina en resoluciones acerca de políticas y leyes que han de venir formuladas en el lenguaje del derecho. Y esto hace necesario al final un control de normas en el que se examine si los nuevos programas se ajustan al sistema jurídico vigente. Pues de las facultades que el legislador político tiene de crear derecho, sólo puede hacerse uso para fundamentar programas normativos o leyes que sean compatibles con el sistema de los derechos (en la medida en que constituyen una interpretación directa de él o un desarrollo de él) y que se ajusten a, o puedan conectar con, el *corpus* de las leyes vigentes. Bajo este *aspecto jurídico* todas las resoluciones han de someterse a una prueba de coherencia. Pues la unitariedad es algo que ha de protegerse y salvaguardarse aunque sólo sea por razones de seguridad jurídica. Como todavía veremos, en el Estado de derecho institucionalmente definido y articulado, el control que sobre las normas ejerce el legislador puede quedar sometido además a la revisión de un tribunal que controle la conformidad de las leyes aprobadas con la Constitución[33].

33. Esta circunstancia nos recuerda que los discursos éticos y morales que constituyen ingredientes formales de la formación de la voluntad política, no sólo se distinguen de los discursos éticos y morales cotidianos por la forma de su institucionalización jurídica. Los puntos de vista éticos y morales que penetran en la fundamentación de las normas jurídicas por la vía de la producción legislativa, se hacen valer en la pretensión de legitimidad del derecho, pero no rompen la forma del derecho. En comparación con los resultados análogos de los discursos éticos y morales cotidianos, los resultados de las deliberaciones éticas y morales del legislador, que quedan canalizados en forma de derecho, tienen un sentido distinto y, por cierto, *específicamente restringido*. Esto resulta ya evidente en los discursos éticos que, cuando se hacen desde la perspectiva de la primera persona del singular, están cortados a la medida de las cuestiones existenciales del modo de vida que en cada caso resulta ser el auténtico para mí. Estos consejos clínicos tienen como destinatarios a las personas naturales, pero no a los sujetos jurídicos. También los discursos cotidianos que se desarrollan desde la perspectiva del «nosotros», ya sea ese nosotros el de una comunidad de comunicación históricamente determinada, ya sea el de una comunidad ilimitada de comunicación, conducen a recomendaciones o mandatos que se dirigen a personas naturales, individuadas en cada caso en el contexto de su propia biografía. En cambio, las leyes que norman el comportamiento se dirigen a personas jurídicas socialmente tipificadas, que sólo vienen individuadas por su libertad de arbitrio. Como hemos dejado claro en el análisis de la forma jurídica, las relaciones jurídicas sólo abarcan los «aspectos externos» de las materias necesitadas de regulación. Ello explica, por ejemplo, la diferencia entre el quinto mandamiento del Decálogo y las correspondientes determinaciones del derecho penal acerca de los delitos de homicidio, aun cuando ambas clases de regulaciones vienen a coincidir ampliamente en lo que respecta a sus contenidos morales.

III

(1) Tras estas consideraciones preparatorias podemos anudar los distintos hilos de la argumentación, con el fin de fundamentar desde el punto de vista de la teoría del discurso los principios a que ha de estar sujeta una organización del poder público, articulada en términos de Estado de derecho. La constitución recíproca de derecho y poder político funda entre ambos momentos una conexión que abre y perpetúa la posibilidad latente de una instrumentalización del derecho al servicio de un empleo estratégico del poder. La idea de Estado de derecho exige, en movimiento contrario a ése, una organización del poder público que fuerce a su vez a la dominación política articulada en forma de derecho a legitimarse recurriendo al derecho legítimamente establecido. Ciertamente, el código que es el derecho y el código que es el poder han de hacerse continuamente aportaciones el uno al otro para poder cumplir cada uno sus propias funciones. Pero estas relaciones de intercambio se nutren de una producción legítima de derecho que, como hemos visto, está hermanada con la formación de poder comunicativo. Y con ello experimenta una diferenciación el concepto de poder político. En el sistema de la Administración pública se concentra un poder que una y otra vez ha de regenerarse a partir del poder comunicativo. De ahí que el derecho no sólo sea elemento constitutivo del código «poder» que gobierna los procesos administrativos. Constituye a la vez el medio para la transformación de poder comunicativo en administrativo. La idea de Estado de derecho puede desarrollarse por tanto recurriendo a los principios conforme a los que se obtiene derecho legítimo a partir del poder comunicativo y éste a su vez a través del derecho legítimamente establecido se transforma en poder administrativo.

Como la formación discursivamente estructurada de la opinión y de la voluntad del legislador político ha de producirse en formas de comunicación en las que pueda responderse racionalmente desde distintos aspectos a la cuestión de «¿qué debemos hacer?», desarrollaré los principios del Estado de derecho desde la perspectiva de la institucionalización jurídica de esa red de discursos y negociaciones

que, simplificando mucho las cosas, acabo de exponer en un modelo procesual.

En el *principio de soberanía popular* conforme al que todo poder del Estado procede del pueblo, el derecho subjetivo a participar con igualdad de oportunidades en la formación democrática de la voluntad común se da la mano con la posibilitación que el derecho objetivo efectúa de una praxis institucionalizada de la autodeterminación ciudadana. El principio de soberanía popular constituye la bisagra entre el sistema de los derechos y la estructura de un Estado democrático de derecho. De la interpretación del principio de soberanía popular en términos de teoría del discurso (*a*) se siguen el principio de una protección comprehensiva de los derechos individuales que venga garantizada por una justicia independiente (*b*), los principios de legalidad de la Administración y de control tanto judicial como parlamentario de la Administración (*c*), así como el principio de separación entre Estado y sociedad que tiene por fin impedir que un poder social no filtrado, es decir, sin pasar por las esclusas de la formación de poder comunicativo, se transforme en poder administrativo (*d*).

ad (*a*) El principio de soberanía popular, cuando se lo lee en términos de teoría del discurso, dice que todo poder político deriva del poder comunicativo de los ciudadanos. El ejercicio de la dominación política se rige y legitima por las leyes que los ciudadanos se dan a sí mismos en una formación discursivamente estructurada de la opinión y de la voluntad. Esta praxis, cuando se la considera como un proceso de resolución de problemas, debe su fuerza legitimadora a un *procedimiento democrático* que tiene por fin garantizar un tratamiento racional de las cuestiones políticas. La aceptabilidad racional de los resultados obtenidos de conformidad con el mencionado procedimiento se explica por la institucionalización de una red de formas de comunicación que, en idea, aseguran que todas las cuestiones, temas y contribuciones relevantes puedan hacerse oír y se aborden y elaboren en discursos y negociaciones sobre la base de las mejores informaciones y razones posibles. Es esta institucionalización jurídica de determinados procedimientos y condiciones de comunicación la que hace posible el uso y empleo efectivos de iguales libertades comunicativas, a la vez que obliga y estimula a hacer uso pragmático, ético y moral de la razón práctica o a buscar un equilibrio de intereses que resulte equitativo.

El principio de soberanía popular puede también considerarse directamente bajo el aspecto de poder. Entonces exige la transferencia de la competencia legislativa a la totalidad de los ciudadanos, que sólo desde ella pueden generar el poder comunicativo de convicciones comunes. Ahora bien, la decisión fundada y vinculante acerca de políticas y leyes exige, por un lado, deliberación y toma de acuerdos

face to face. Por otro lado, no todos los ciudadanos, en el plano de las interacciones directas y simples, pueden «unirse» en tal práctica ejercida en común. Una salida la ofrece el *principio parlamentario*, conforme al que se establecen cuerpos representativos encargados de deliberar y tomar acuerdos. La composición y la forma de trabajo de estos cuerpos parlamentarios han de regularse a su vez desde puntos de vista que se sigan de la lógica de sus tareas. De ahí que el modo de elección, el *status* de los parlamentarios (inmunidad, mandato libre *vs.* mandato imperativo, formación de grupos parlamentarios), el modo de decisión dentro de dichos cuerpos (*principio de la mayoría*, reiteradas lecturas), incluso la organización del trabajo (formación de comisiones) plantean cuestiones de fundamental importancia. Estas cuestiones de procedimiento han de regularse a la luz del principio de discurso de tal suerte que puedan cumplirse suficientemente las condiciones comunicativas necesarias para los discursos pragmáticos, éticos y morales, por un lado, y las condiciones para las negociaciones *fair*, por otro.

De la lógica del discurso se sigue además el principio de *pluralismo político* y la necesidad de complementar la formación de la opinión y la voluntad parlamentarias con la concurrencia de los partidos políticos mediante una formación informal de la opinión en el espacio de la opinión pública política, que quede abierta a todos los ciudadanos. Después de Kant fueron sobre todo John Stuart Mill y John Dewey quienes analizaron el principio de publicidad y el papel que para el control del Parlamento había de desempeñar una opinión pública informada[34]. Sólo el *principio de garantía de espacios públicos autónomos* y el *principio de la competencia entre partidos* agotan, junto con el principio parlamentario, el contenido del principio de soberanía popular. Este principio exige una estructuración discursiva de espacios públicos en los que circuitos de comunicación anónimamente trabados entre sí se desliguen de, y cobren cierta sustantividad frente a, el nivel concreto de las interacciones simples. Una formación informal de la opinión que prepare, y ejerza influencia sobre, la formación de la voluntad política, viene descargada del tipo de presión a institucionalizarse que pesa sobre una deliberación entre personas presentes, programada para tomar acuerdos. Estos espacios públicos tienen, ciertamente, que estar protegidos en términos de derechos fundamentales en lo tocante al ámbito que han de conceder al libre procesamiento de opiniones, de pretensiones de validez y de posicionamientos frente a esas pretensiones, pero no pueden venir organizados en conjunto como organismos.

34. Sobre J. St. Mill, cf. J. Hellesnes, «Toleranz und Dissens»: *Zeitschrift für Philosophie* 40 (1992), pp. 245-255; sobre J. Dewey, cf. ahora R. B. Westbrook, *J. Dewey and American Democracy*, Ithaca, 1991.

ad (b) Las comunicaciones políticas de los ciudadanos se extienden, ciertamente, a todos los asuntos que sean de interés público, pero desembocan finalmente en las resoluciones de los cuerpos legislativos. La formación de la voluntad política se endereza a la producción de normas porque, por un lado, el sistema de los derechos que los ciudadanos se han reconocido recíprocamente, de entrada sólo puede interpretarse y desarrollarse mediante leyes, y porque, por otro, el poder organizado del Estado que, como parte, ha de actuar en lugar del todo, sólo puede ser programado y regulado mediante leyes. La competencia legislativa, que por principio corresponde a los ciudadanos en su totalidad, se encargan de desempeñarla cuerpos parlamentarios, que *fundamentan* leyes conforme a un procedimiento democrático. Las leyes constituyen la base de las pretensiones jurídicas individuales; éstas resultan de la aplicación de las leyes a casos particulares, ya vengan implementadas esas leyes autoejecutivamente, ya lo vengan por vía administrativa. De la accionabilidad judicial de esas pretensiones se sigue la necesidad de garantizar las correspondientes vías jurídico-procesales y el *principio de garantía de una comprehensiva protección de los derechos individuales*.

Ciertamente, la división y separación de las competencias concernientes a producción legislativa y las concernientes a aplicación del derecho en dos poderes del Estado distintos, independientes entre sí en lo tocante a instituciones y personas, no es algo que se entienda sin más. La Atenas clásica no hace sino ofrecer uno de los muchos ejemplos en que las asambleas populares o parlamentos se reservan también funciones concernientes a administración de justicia. Ciertamente, razones pragmáticas sugieren una separación del poder judicial y el poder legislativo, tan pronto como el desarrollo dogmático del derecho y la cientifización de la jurisprudencia tienen por consecuencia una profunda profesionalización de la práctica de las decisiones judiciales. Pero normativamente y en términos de sistemática del derecho han de ser otras razones las decisorias. Por un lado, la diferencia que, en lo tocante a lógica de la argumentación, se da entre fundamentación de normas y aplicación de normas, se refleja en las formas de comunicación que representan respectivamente los discursos de fundamentación y de aplicación, los cuales, por tanto, habían de institucionalizarse de modo distinto. En los discursos jurídicos de aplicación ha de tomarse una decisión acerca de cuál de las normas presupuestas como válidas es la que se ajusta a una situación descrita de la forma más completa posible en todos sus rasgos relevantes. Este tipo de discurso exige una constelación de roles en la que las partes (o, en su caso, las autoridades estatales encargadas de hacer las correspondientes diligencias) puedan presentar todos los aspectos controvertidos de un caso ante un juez como representante de una comunidad jurídica encargada de juzgar imparcialmente, y además una

distribución de competencias conforme a la que el tribunal ha de justificar su sentencia ante un espacio público jurídico ilimitado en principio. En cambio, en los discursos de fundamentación sólo hay en principio participantes. Por otro lado, la administración de justicia, para imponer sus decisiones —y ejecutar las sentencias— ha de recurrir a los medios de represión del aparato estatal y dispone, por tanto, ella misma de poder administrativo. Por esta razón la justicia ha de quedar separada del poder legislativo, impidiéndosele así que se programe a sí misma. Así se explica el *principio de la vinculación de la justicia al derecho vigente*.

Por lo demás, del principio de protección de los derechos, en conexión con los derechos fundamentales que hacen referencia a la administración de justicia, se siguen todos los demás principios relativos a la especificación de tareas, al modo de trabajo, y al aseguramiento del *status* de una justicia independiente, la cual ha de aplicar el derecho de forma que quede garantizada tanto la seguridad jurídica como la aceptabilidad racional de las decisiones judiciales[35].

ad (c) Pero sólo el *principio de legalidad de la Administración* acaba dejando claro el sentido central de la división de poderes[36]. Allende una diferenciación funcional que se explica por una división del trabajo entre fundamentación de normas y aplicación de normas, división del trabajo que se asienta en la diferente lógica argumentativa de ambas tareas, la diferenciación institucional que se expresa en la constitución de poderes del Estado separados, tiene la finalidad de ligar de tal suerte el poder administrativo al derecho establecido democráticamente, que el poder administrativo sólo pueda regenerarse a partir del poder comunicativo generado en común por los ciudadanos. Bajo este aspecto de poder hemos considerado ya la vinculación a la ley por parte de una administración de justicia que ha de servirse de medios que pone a su disposición el Ejecutivo. Y bajo ese mismo aspecto se presenta sobre todo la relación del poder legislativo con un poder ejecutivo que queda sujeto a la *reserva de ley*. La reserva de ley tiene por consecuencia que todas las órdenes, estatutos, disposiciones y medidas que se opongan a una ley, son nulos. El *rango de la ley* legitimada en el procedimiento democrático significa que cognitivamente la Administración no tiene ninguna capacidad de intervenir en las premisas a las que ha de atenerse en sus decisiones. Y prácticamente significa que el poder

35. E. Denninger, *Staatsrecht* I, Hamburg, 1973, pp. 101 ss.; K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1990, pp. 76 ss. y 213 ss.; M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Reinbek, 1975, pp. 104 ss.

36. E. Schmidt-Assmann, «Der Rechtsstaat», en J. Isensee y P. Kirchhoff (eds.), *Handbuch des Staatsrechts* I, Heidelberg, 1987, § 24, pp. 987-1043.

administrativo no puede intervenir en los procesos de producción del derecho (y de administración de justicia).

El empleo de poder administrativo por el legislador y la justicia sólo puede ser inobjetable en la medida en que ese poder haga posible la institucionalización de los correspondientes discursos. En la medida en que se consuma poder administrativo en el establecimiento y organización de la producción del derecho y de la aplicación del derecho, ese poder está operando en forma de *condiciones posibilitantes*. Si, a la inversa, la Administración asume otras funciones que las administrativas, los procesos de legislación y de administración de justicia quedan sometidos a condiciones *restrictivas* y limitantes. Tales intervenciones vulneran los presupuestos comunicativos de los discursos legislativos y judiciales y perturban los procesos de entendimiento regidos por vía argumentativa, que son los únicos que pueden fundamentar la aceptabilidad racional de las leyes y de las decisiones judiciales. El facultamiento del Ejecutivo para la emisión de decretos y órdenes jurídicas ha menester, por tanto, de una normación especial en términos de derecho administrativo. Así, pues, lo que el derecho administrativo hace valer en especial es el *principio de prohibición de arbitrariedad intraestatal*[37].

Por lo demás, la constitución de un poder ejecutivo tiene por consecuencia que los derechos de libertad resultantes del derecho a iguales libertades subjetivas de acción cobren el sentido *adicional* de *derechos* liberales de *defensa* de la autonomía privada de los sujetos jurídicos frente al aparato estatal. Los derechos que de entrada los ciudadanos empiezan reconociéndose sólo en la dimensión de las interacciones ciudadano-ciudadano, han de extenderse ahora también, tras haberse constituido un poder ejecutivo, a la dimensión vertical de las relaciones de los ciudadanos con el Estado. Estos derechos fundamentales «liberales», en sentido estricto, constituyen, consideradas las cosas históricamente, incluso el núcleo de las declaraciones de los derechos del hombre. De ellos surge el sistema de los derechos fundamentado inicialmente en términos de derecho natural racional[38]. En la misma dirección señala también el desarrollo del control parlamentario de la Administración y sobre todo el establecimiento de *tribunales administrativos*; ambos complementan el control *ex ante* del legislador mediante un control *ex post*. En principio, todo acto ejecutado u omitido por la Administración puede convertirse en objeto de una acción de impugnación o de una demanda por la que se exige el cumplimiento de una obligación. Aparte de eso, la jurisdicción constitucional deja abierto a todos los sujetos jurídicos (y en su caso también a las asociaciones) que se vean menoscabados en sus derechos fundamentales por intervenciones del Ejecutivo (o por parte de terceros), la vía del recurso de amparo.

37. Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, 1986, pp. 312 ss.

38. Cf. las contribuciones clásicas en R. Schnur (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, 1964.

ad (d) En la tradición del derecho constitucional alemán el *principio de separación entre Estado y sociedad* fue interpretado en términos concretistas en el sentido de un Estado liberal de derecho. Pero en términos generales, el principio sólo expresa la garantía jurídica de una autonomía social que otorgue también a cada uno iguales oportunidades de hacer uso como ciudadano de sus derechos de participación y comunicación políticas. A este principio en modo alguno responde solamente el modelo del Estado burgués de derecho que se limita a garantizar la seguridad externa e interna y que deja todas las demás funciones a una sociedad que, centrada en la economía, se gobierna a sí misma de forma ampliamente ajena a regulaciones estatales, con la esperanza de que, a través de la autonomía de los individuos asegurada en términos de derecho privado, del libre juego de los fines que subjetivamente se proponen y de las decisiones que tomen basadas en sus propias preferencias surjan espontáneamente tramas de relaciones sociales que quepa considerar justas[39].

El principio de separación entre Estado y sociedad exige en su versión abstracta una sociedad civil, es decir, una textura asociativa y una cultura política que queden suficientemente desconectadas de las estructuras de clase. Sobre la relación, en este aspecto problemática, entre poder social y democracia, volveré todavía. La sociedad civil ha de amortiguar y neutralizar la desigual distribución de las posiciones de poder social y de los potenciales de poder que de ella resultan, de modo que el poder social sólo se imponga en la medida en que *facilite* y no *restrinja*, el ejercicio de la autonomía ciudadana. Empleo la expresión «poder social» como medida de la posibilidad que un actor tiene de imponer en las relaciones sociales sus propios intereses aun en contra de la resistencia de otros. El poder social, aunque de modo distinto que el administrativo, puede tanto posibilitar como restringir la formación de poder comunicativo. En el primer caso, el disponer de poder social significa que se cumplen las condiciones materiales necesarias para poner autónomamente en práctica libertades de acción o comunicación, que formalmente son iguales. En las negociaciones políticas, por ejemplo, las partes implicadas tienen que hacer creíbles mediante su poder social sus amenazas o promesas. En el segundo caso, el disponer de poder social abre

39. D. Grimm, *Recht und Staat in der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1974; E. W. Böckenförde (ed.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, 1976; D. Suhr, «Staat - Gesellschaft - Verfassung»: *Der Staat* 17 (1978), pp. 369 ss.; E. W. Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt a. M., 1991.

la oportunidad de ejercer una influencia sobre el proceso político, que, allende el ámbito de los derechos ciudadanos de igualdad, da primacía a los propios intereses de uno. Interviniendo de esta suerte pueden, por ejemplo, las empresas, organizaciones y asociaciones transformar su poder social en poder político, sea directamente influyendo sobre la Administración, sea indirectamente mediante intervenciones manipuladoras en el espacio de la opinión pública[40].

Organizativamente, el principio de que ha de bloquearse toda intervención directa del poder social en el poder administrativo, encuentra expresión en el principio de la responsabilidad democrática de quienes ocupan cargos públicos frente a sus electores y frente a los parlamentos. Los diputados han de exponerse periódicamente a nuevas elecciones. A la responsabilidad del gobierno y de los distintos ministros por sus propias decisiones y por las decisiones que toman las autoridades sometidas a sus órdenes responden los derechos de control y destitución por parte de la representación popular.

La idea de que el poder del Estado podía elevarse como un *pouvoir neutre* por encima de las fuerzas sociales, fue siempre ya ideología[41]. Pero también un proceso político que *surja* de la sociedad civil ha de cobrar frente a los potenciales de poder anclados en la propia estructura social (poder de las asociaciones, modo de financiación de los partidos) el grado de autonomía que sea menester para proteger al sistema administrativo de quedar rebajado y convertido en un partido entre otros partidos, sea en su papel de poder ejecutivo, sea en su papel de poder sancionador. Así, por ejemplo, se da el peligro de que el Estado, como un participante más en los dispositivos y arreglos corporativistas, abandone la pretensión de realizar la justicia política por vía de ejecutar el derecho legítimamente establecido. También en lo que respecta a recientes tendencias en el derecho penal (como es el *bargaining* en el procedimiento penal)[42], el principio de la separación entre Estado y sociedad mantiene una no menguada actualidad.

Los principios que hemos desarrollado (*a-d*) se ensamblan en una arquitectónica en la que subyace una única idea: la organización del Estado de derecho ha de servir en última instancia a la autoorganización políticamente autónoma de una sociedad que con el sistema de los derechos se ha constituido como la asociación de miembros libres e iguales en que consiste la comunidad jurídica. Las instituciones del Estado de derecho tienen por fin asegurar el ejercicio efectivo de la autonomía política de ciudadanos socialmente autónomos, y ello de suerte que, por un lado, pueda surgir el poder comunicativo resultante de la formación de una voluntad racional y encontrar expresión vinculante en programas legislativos, y que, por otro, este poder comunicativo, a través de la aplicación racional y la implementación administrativa de esos programas legislativos, pueda circular a lo largo y ancho de toda la sociedad y —tanto a través de la estabilización de expectativas como de la realización de fines colectivos— pueda desarrollar su fuerza de integración social. Con la organización del Estado de derecho, el sistema de los derechos se diferencia formando un orden constitucional en el que el medio que es el derecho puede operar como un transformador encargado de reforzar los débiles golpes de flujo sociointegrador de un mundo de la vida comunicativamente estructurado. En todo ello quisiera subrayar dos aspectos: por un lado, el Estado de derecho institucionaliza el uso público de las libertades comunicativas (2), por otro, regula la transformación de poder comunicativo en administrativo (3).

40. Cf. mi introducción en J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1981, pp. 41-64.

41. En particular una ideología muy difundida en la escuela de Carl Schmitt, cf. por ejemplo W. Weber, *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, Stuttgart, 1951; E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, 1971.

42. Sobre la sustitución de la persecución penal por arreglos privados cf. W. Naucke, «Versuch über den aktuellen Stil des Rechts»: *Schriften der H. Ehlers-Akademie* 19 (1986).

(2) Según la clase de cuestión de que se trate, los tipos de discurso y las negociaciones desempeñan, en lo que a lógica de la argumentación se refiere, papeles distintos en lo tocante a una formación racional de la voluntad política. Y se realizan en las correspondientes formas de comunicación; y éstas a su vez tienen que ser institucionalizadas jurídicamente, para que pueda quedar garantizada la pretensión de los ciudadanos de ejercitar sus derechos de participación política. El concepto de institucionalización se refiere directamente al comportamiento normativamente esperado, de suerte que los miembros de un colectivo social saben qué comportamiento, cuándo y en qué ocasiones, pueden exigir unos de otros. Pero también pueden institucionalizarse procedimientos que fijen conforme a qué reglas ha de discurrir una cooperación para hacer frente a determinadas tareas. Normas procedimentales regulan, por ejemplo, la conclusión de contratos o convenios, la fundación de una asociación o la toma de acuerdos en organismos que se autoadministran. También las deliberaciones parlamentarias o las negociaciones salariales vienen organizadas con ayuda de normas de derecho procedimental.

Las negociaciones se distinguen por una peculiar forma de comunicación. Pero aquí a la forma externa de comunicación no corresponde una forma interna de argumentación. Los procedimientos que tienen por fin asegurar la *equidad* (*fairness*) de los posibles compromisos, regulan entre otras cosas los derechos de participación, la elección de los delegados y por tanto también la composición de las delegaciones; en ocasiones se extienden también a mate-

rias tales como el modo de desarrollar la negociación, los turnos de intervención de las partes y la duración de la negociación, al tipo de temas y de intervenciones admisibles, a la admisibilidad de sanciones, etc. Estas y otras cuestiones se regulan desde el punto de vista de que todos los intereses en litigio puedan tenerse equitativamente en cuenta y todas las partes estén dotadas del mismo poder, en una situación en la que el intercambio de argumentos está cortado a la medida de la persecución más racional posible de las propias preferencias de cada uno. Los procedimientos que regulan la obtención de compromisos tienen por fin prevenir el peligro de que estructuras asimétricas de poder y una desigual distribución del potencial de amenaza prejuzguen el resultado de la negociación. Un ulterior peligro estriba en que los procedimientos para la obtención de compromisos se apliquen a cuestiones morales o éticas, de suerte que éstas, desapercibidamente o de forma tácita, queden redefinidas y convertidas en cuestiones estratégicas. Por difícil que pueda resultar la institucionalización de sistemas de negociación de este tipo, de lo que no cabe duda es de que los procedimientos relativos a compromisos siempre se refieren a la regulación de interacciones estratégicas. Y de ellos hay que distinguir, por tanto, los tipos de procedimiento que —como, por ejemplo, los procedimientos judiciales— regulan discursos.

En este caso el procedimiento jurídico viene a toparse con un «procedimiento» de tipo completamente distinto, a saber, con procesos de argumentación que obedecen a su propia lógica. Recurriendo al modelo de los procedimientos judiciales habremos de aclarar todavía cómo el conjunto de normas procedimentales posibilitan e institucionalizan discursos de aplicación, pero sin poder normar la argumentación como tal. Deciden, protegen y estructuran los ámbitos y espacios en los que han de producirse argumentaciones. La práctica de las decisiones judiciales ofrece, en virtud de su racionalidad comparativamente alta, el caso mejor analizado de una interpenetración de dos tipos de procedimiento, del entrelazamiento de un procedimiento jurídico institucionalizador con un proceso de argumentación que en su estructura *interna* escapa a la institucionalización jurídica. En este entrelazamiento de procedimientos se muestra que el universo del derecho puede abrirse, por así decir, desde dentro a argumentaciones, a través de las cuales penetran en el lenguaje del derecho razones de tipo pragmático, ético y moral, sin interrumpir o detener el juego de la argumentación, por un lado, o romper el código que es el derecho, por otro. La *inserción de discursos en procedimientos jurídicos* deja, ciertamente, intacta la lógica interna de esos discursos, pero su institucionalización en procedimientos los somete a determinadas restricciones temporales, sociales y de contenido. Las normas de procedimiento regulan, por ejemplo, la participación en, la distri-

bución de papeles en, y también el espectro de temas y el decurso de, procesos de formación de la opinión y la voluntad gobernados argumentativamente. De esta forma, los propios medios que ofrece el derecho y el propio medio que representa el derecho se emplean reflexivamente para poder hacer socialmente expectables en determinados lugares y en determinados momentos discursos de producción del derecho y de aplicación del derecho.

A causa de su contenido idealizador los presupuestos comunicativos universales de las argumentaciones sólo pueden cumplirse aproximativamente. Y al no haber, además, un criterio que sea independiente del procedimiento, sólo desde la perspectiva de los participantes mismos cabe enjuiciar si en cada caso se han cumplido o no en grado suficiente los exigentes presupuestos de la comunicación. Ya por esta razón queda abierta la posibilidad de revisar ideas que de momento se suponen bien fundamentadas, a la luz de nuevas informaciones y razones que puedan surgir después. Este falibilismo lo compensa el procedimiento jurídico garantizando decisiones a plazo fijo, inequívocas y vinculantes. Pues en el procedimiento jurídico puede controlarse desde la perspectiva de un observador si se han respetado o no las normas procedimentales. Así, la obligatoriedad social que el código jurídico presta a un resultado obtenido de conformidad con el procedimiento viene a sustituir a la racionalidad procedimental sólo inmanente, es decir, asegurada por la forma de la argumentación. La institucionalización jurídica tiene también el sentido de injertar a los discursos y a su racionalidad procedimental imperfecta una, como dice Rawls, justicia procedimental cuasi-pura. Por esta vía no queda detenida la lógica de la argumentación, sino puesta al servicio de la producción de decisiones con fuerza jurídica.

La *regla de la mayoría* conforme a la que, en los tribunales de justicia de composición colegial, en los Parlamentos o en los órganos concernientes a autoadministración se decide sobre los asuntos de que se trate, constituye un buen ejemplo de un importante aspecto de la regulación de los procesos de deliberación en términos de derecho procedimental. La regla de la mayoría mantiene una relación interna con la búsqueda de la verdad por vía de que la decisión tomada por la mayoría sólo representa una cesura en una discusión ininterrumpida, que no fija, por así decir, sino el resultado provisional de una permanente formación discursiva de la opinión. Pero entonces la decisión mayoritaria ha de producirse bajo la premisa de que los asuntos en litigio se han discutido de una forma cualificada, es decir, bajo los presupuestos comunicativos del correspondiente tipo de discurso. Pues sólo entonces puede considerarse su (de la decisión mayoritaria) contenido como el resultado racionalmente motivado, pero falible, de una argumentación que ha sufrido una interrupción en vista de la necesidad institucional de decidir, pero que en principio puede reto-

marse. Las objeciones contra las decisiones mayoritarias que tienen consecuencias irreversibles se basan en la interpretación de que la minoría que ha sido derrotada sólo puede prestar su conformidad, autorizando así a la mayoría, bajo la reserva de que ella misma tenga la oportunidad de conseguir en el futuro la mayoría con mejores argumentos y de poder revisar así la decisión tomada. Así, por ejemplo, el voto de una minoría desviante, que se añade a la fundamentación de la sentencia de un tribunal en última instancia, tiene el sentido de retener argumentos que en casos similares podrían convencer a la mayoría de los miembros de un tribunal futuro[43]. Sin embargo, las decisiones mayoritarias en cuestiones relativas a cosas (aunque no así sin más en las relativas a personas) que han sido objeto de una elaboración discursiva, en modo alguno extraen *per se* su fuerza legitimadora de la susceptibilidad de cambio en las relaciones de mayoría[44]; tal posibilidad de cambio es, ciertamente, una condición necesaria para que la regla de la mayoría no quite su fuerza legitimante a un proceso de argumentación que es el que propiamente ha de fundamentar la presunción de rectitud de decisiones falibles. Y para el caso de algunas materias es, por lo demás, conveniente cualificar la mayoría. En general las decisiones mayoritarias vienen restringidas mediante una protección de la minoría, articulada en términos de derechos fundamentales; pues en el ejercicio de la autonomía política los ciudadanos no pueden transgredir el sistema de los derechos, que es el que empieza constituyendo esa autonomía[45]. Un papel distinto es el que desempeña la regla de la mayoría en el caso de la obtención de compromisos; en las negociaciones los resultados de las votaciones suministran indicadores de una distribución dada de poder[46].

El *procedimiento democrático*, que institucionaliza formas de comunicación necesarias para la formación racional de la voluntad política, ha de tener en cuenta de forma simultánea condiciones de comunicación diversas. La producción de normas se efectúa en una compleja red de procesos de entendimiento y prácticas de negociación. En ella los discursos pragmáticos y los discursos jurídicos —que figuran, respectivamente, en la entrada y en la salida de nuestro modelo procesual[47]— pueden entenderse aún, y ello es lo más obvio,

43. B. Guggenberger y C. Offe (eds.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, Opladen, 1984.

44. Ch. Glusy, «Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat», en *ibid.*, pp. 61-82.

45. G. Frankenberg y U. Rödel, *Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz*, Frankfurt a. M., 1981.

46. H. J. Varain, «Die Bedeutung des Mehrheitsprinzips», en B. Guggenberger y C. Offe (eds.), *op. cit.*, p. 56: «Muchas de estas mayorías sólo son coaliciones temporales... Pero a todas les queda abierta la posibilidad de disolverse y de formar nuevas mayorías. Así, la decisión mayoritaria puede ser considerada como una forma flexible de expresión de la voluntad».

47. Cf. más arriba, p. 236.

como cosa de expertos. Si prescindimos de cómo se organiza el aflujo y la elaboración de estas informaciones (provenientes de los expertos), lo relevante en lo que se refiere al carácter racional de las deliberaciones parlamentarias son sobre todo la ponderación equitativa de intereses, el autoentendimiento ético y la fundamentación moral de regulaciones. La formación de la opinión y de la voluntad política, allende la cuestión pragmática de qué es lo que *podemos hacer* en orden a realizar tareas concretas, habrá de aclarar en primera línea tres cuestiones: la cuestión subyacente en la formación de compromisos de cómo *poner en consonancia*, o *concertar*, preferencias que compiten entre sí, la cuestión ético-política de quiénes somos y quiénes *queremos de verdad ser* y la cuestión práctico-moral de cómo *debemos actuar*, es decir, de cómo actuar con justicia. En las negociaciones en que se contraponen y ponderan intereses puede formarse una voluntad global *agregada*, en los discursos hermenéuticos de autoentendimiento puede formarse una voluntad global caracterizada por su *autenticidad*, y en los discursos de fundamentación y aplicación morales puede formarse una voluntad global *autónoma*. En estas negociaciones y discursos resulta en cada caso decisoria una clase distinta de argumentos. Y a ello corresponden formas distintas de comunicación en las que se desarrolla en cada caso la argumentación. A primera vista todas estas formas de comunicación ofrecen estructuras superficiales similares, a saber, igualitarias. Sólo una consideración diferenciada permite reconocer estructuras profundas que exigen el cumplimiento de condiciones en cada caso distintas. Esto se muestra en las consecuencias que las distintas formas concretas de comunicación tienen para la comprensión del *sistema representativo* y en general para la relación entre el Parlamento y la opinión pública.

Los diputados son elegidos normalmente por sufragio libre, secreto e igual. Este procedimiento tiene un sentido inmediatamente convincente en lo que respecta a la elección de delegados a los que se transfiere un mandato para *negociar compromisos*. Pues la participación en una práctica de negociación, equitativamente regulada, exige que todos los afectados estén igualmente representados; y tiene por fin asegurar que los intereses y orientaciones valorativas relevantes puedan hacerse valer con el mismo peso. Mientras que, por ejemplo, en las negociaciones salariales el mandato está rigurosamente circunscrito, el mandato de los representantes del pueblo queda bastante indeterminado aun en caso en que a las negociaciones parlamentarias las consideremos exclusivamente bajo el aspecto de ponderación y arreglo entre intereses; pues las elecciones políticas generales, de las que surge la representación popular, tienen por consecuencia un amplio agavillamiento de intereses o generalización de valores. Mientras hagamos agotarse la política en la ponderación de, y búsqueda de equilibrio entre, los intereses actuales, re-

presentados por los mandatarios elegidos, la discusión clásica acerca del mandato imperativo y no imperativo o acerca de la aprehensión de una voluntad popular hipotética o una voluntad popular empírica, pierde su punto de referencia.

Pues una diferencia entre la voluntad popular empírica y la voluntad popular hipotética sólo se produce si las preferencias que entran en el proceso político no se consideran simplemente como algo dado, sino como ingredientes que resultan accesibles al intercambio de argumentos y pueden cambiarse discursivamente[48]. Sólo con la lógica discursiva inmanente a la formación de la voluntad y la opinión políticas entra en juego un momento de razón, que cambia el sentido de la representación. Si los diputados son elegidos como participantes en discursos efectuados de forma representativa o vicaria, la elección no tiene directamente el significado de una delegación de poderes de mi voluntad. La limitación social de los cuerpos representativos guarda entonces una peculiar relación de tensión con el libre acceso que esos discursos efectuados representativamente habrían propiamente de exigir en virtud de sus presupuestos comunicativos.

Los *discursos ético-políticos* han de cumplir las condiciones comunicativas que requiere el autoentendimiento hermenéutico de colectivos. Han de hacer posible una autocomprensión caracterizada por su autenticidad y conducir a la crítica o al robustecimiento de una proyección de la propia identidad. El consenso en el que desemboca un autocercioramiento colectivo logrado, no es ni expresión de un concierto o convenio, como ocurre en el caso de un compromiso negociado, ni tampoco, como ocurre en el caso del acuerdo alcanzado discursivamente sobre cuestiones de hecho o cuestiones de justicia, una convicción motivada de modo exclusivamente racional. En él se expresan ambas cosas a la vez: el autoconocimiento y también la decisión por una determinada forma de vida. A tal fin han de cumplirse condiciones de una comunicación sistemáticamente no distorsionada, por la que los participantes queden protegidos de represiones sin romper con, ni salirse de, sus genuinos contextos de experiencia e intereses. Los discursos de autoentendimiento exigen un trato con las tradiciones culturales acuñadoras de la propia identidad, que sea un trato libre de miedos, reflexivo y dispuesto al aprendizaje. En nuestro contexto es particularmente importante subrayar que en los procesos de autocercioramiento no puede haber no implicados; en principio las tomas de postura de afirmación o negación no pueden delegarse en otros. *Todos* los miembros han de

48. E. Fraenkel, «Die repräsentative und plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat», en Id., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, Frankfurt a. M., 1990, pp. 153-203.

poder tomar parte en el discurso, aunque no necesariamente del mismo modo. En principio, ha de tener cada uno las mismas oportunidades de posicionarse con un «sí» o con un «no» frente a todo lo que se diga y pueda resultar relevante. Por eso estos discursos, que por motivos técnicos han de efectuarse representativamente, no han de interpretarse conforme al modelo de quien actúa delegadamente en nombre de otro; sino que constituyen sólo el centro o foco organizado del circuito de comunicación que representa un espacio público no-organizable en su totalidad, y que discurre a lo largo y ancho de toda la sociedad. Los discursos efectuados representativamente sólo pueden satisfacer a esta condición de una participación de todos los miembros por igual, si permanecen permeables, sensibles y abiertos a incitaciones, a temas e intervenciones, a informaciones y razones que les afluyen de un espacio público estructurado a su vez discursivamente, es decir, con relaciones de poder atenuadas, próximo a la base y pluralista.

Consecuencias similares se siguen de los presupuestos comunicativos de los *discursos morales*, presupuestos bajo los que todos los participantes pueden adoptar las perspectivas de todos los demás. Quien participa en argumentaciones morales tiene que poder partir de que pueden considerarse cumplidos en grado suficiente los presupuestos pragmáticos de una práctica de entendimiento pública, accesible a todos, exenta de violencia externa e interna, que son los únicos que pueden dejar desplegarse la fuerza racionalmente motivadora que tienen los mejores argumentos. La improbabilidad y dificultad de esta forma de comunicación convierte en caso normal y habitual la ejecución vicaria de los discursos de fundamentación moral. Pero esto no significa descarga alguna en lo que respecta a la composición y carácter de los organismos con que se organizan los discursos de fundamentación efectuados representativamente. Representación sólo puede significar aquí que con la elección de los diputados se provee a un espectro lo más amplio posible de perspectivas de interpretación expectables, incluyendo la comprensión que de sí y del mundo tienen los grupos marginales. A diferencia de lo que ocurre en el caso de las cuestiones ético-políticas, en las discusiones morales el círculo de los posiblemente afectados ni siquiera se reduce a los miembros del propio colectivo. Y sobre todo, el punto de vista moral, desde el que las políticas y leyes quedan sometidas a un sensible y delicado test de universalización, exige una apertura decidida y radical de las deliberaciones institucionalizadas al flujo de información, a la presión de los problemas y al potencial de excitación proveniente de la opinión pública no organizada. Al mismo tiempo el punto de vista moral transciende los límites de toda comunidad jurídica concreta y crea distancia frente al etnocentrismo de nuestro entorno más próximo.

El ajuste o concertación política de intereses, es decir, la equitativa ponderación y arreglo entre ellos, exige la elección de delegados a los que se encargue la tarea de llegar a un compromiso; el modo de elección debe proveer a una representación y agregación equitativas de las constelaciones de intereses y preferencias socialmente dadas. El autoentendimiento colectivo y la fundamentación moral exigen, en cambio, la elección de delegados para participar en discursos efectuados representativamente; el modo de elección debe asegurar una inclusión de todas las perspectivas de interpretación relevantes en cada caso, mediada a través de decisiones personales. Además, de la lógica de los discursos de autoentendimiento y de los discursos relativos a justicia se siguen razones normativas concluyentes en favor de una apertura de la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad políticas (institucionalizada, pero que los preceptos concernientes a publicidad obliga a permanecer porosa) a los circuitos informales de la comunicación política general. Por tanto, en el marco de una discusión como la nuestra acerca de los principios de Estado de derecho conviene subrayar en este punto la importancia que, en lo tocante a derecho constitucional, reviste un *concepto normativo de espacio público u opinión pública*[49]. La formación de la voluntad política, que se organiza en forma de un poder legislativo del Estado, destruiría las bases que su propio funcionamiento racional tiene en la sociedad civil, si taponase las fuentes espontáneas que representan los espacios públicos autónomos o se encapsulase frente al aflujo de temas, contribuciones, informaciones y razones, que libremente floten en una esfera preestatal igualitariamente estructurada. Los órganos parlamentarios han de trabajar bajo los parámetros de una opinión pública en cierto modo sin sujeto, que, sin embargo, no puede formarse en el vacío, sino sobre el trasfondo de una cultura política liberal. Si el sistema de los derechos hace explícitas las condiciones bajo las que los ciudadanos pueden unirse en una asociación de miembros iguales y libres formando una comunidad jurídica, entonces en la cultura política de una población se expresa cómo esa población entiende intuitivamente el sistema de los derechos en el contexto histórico de su propia vida concreta. Los principios del Estado de derecho sólo pueden convertirse en fuerza impulsora del proyecto dinámicamente entendido de realización de una asociación de iguales y libres si quedan situados de tal suerte en el contexto de la historia de una nación de ciudadanos, que se fusionen en un indisoluble enlace con los motivos y mentalidades de éstos[50].

49. J. Habermas, «La soberanía popular como procedimiento. Un concepto normativo de esfera pública», cf. más abajo, pp. 589-619.

50. Ch. Taylor, «The Liberal-Communitarian Debate», en N. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Mass., 1989, pp. 176 ss. Sobre la «nación de

En este modelo basado en la comunicación la relación entre *parlamento y espacio público* se presenta en términos distintos que desde el punto de vista clásico de la comprensión representativa o de la comprensión plebiscitaria de la democracia. Conforme al principio de *Stat pro ratione voluntas* la *teoría plebiscitaria* parte del supuesto voluntarista de que se da una voluntad popular hipotética, la cual es expresión del interés general, pero de que bajo las condiciones de la autodeterminación democrática esa voluntad popular hipotética converge ampliamente con la empírica. En cambio, la *teoría de la representación*, invirtiendo el *dictum* de Hobbes *Auctoritas non veritas facit legem*, parte del supuesto racionalista de que el bien común hipotético sólo puede descubrirse y determinarse deliberativamente, y ello en el plano de órganos representativos separados de la voluntad popular empírica. Ambas concepciones las integró de forma peculiar C. Schmitt en su reconstrucción típico-ideal del parlamentarismo burgués. C. Schmitt entiende la fuerza plebiscitaria de una voluntad popular empírica supuestamente homogénea, como la raíz de la que brota la formación discursiva de la opinión y la voluntad políticas en el Parlamento: «El Parlamento del Estado burgués de derecho es... el lugar en el que se produce la discusión pública de las opiniones políticas. Mayoría y minoría, partido del gobierno y oposición buscan el acuerdo correcto mediante el examen de argumentos y contraargumentos. Mientras el Parlamento represente la cultura y razón nacionales y en él se reúna la inteligencia global del pueblo, puede producirse en él una discusión genuina, es decir, formarse mediante argumentos y contraargumentos de tipo público la genuina voluntad global del pueblo como una *volonté générale*. El pueblo mismo no puede discutir..., sólo puede aclamar, elegir y responder con un sí o con un no a las preguntas que se le hacen». De ello se seguiría la idea básica del parlamentarismo: «El Parlamento representa a toda la nación como tal y, en ese su carácter, en discusión pública y en pública toma de decisiones, acuerda leyes, es decir, normas racionales, justas y generales que determinan y regulan toda la vida estatal»[51].

Curiosamente C. Schmitt se apoya en este pasaje en una conocida frase de Marx que contradice a su propia tesis. Pues Marx sabe naturalmente que el primer liberalismo en modo alguno pretendía reservar la discusión pública a los órganos parlamentarios: «El régimen parlamentario vive de la discusión, ¿cómo ha de prohibir la discusión?... La lucha de oradores en la tribuna provoca la lucha de los muchachos de la prensa, el club de debate que es el Parlamento se

ciudadanos» cf. J. Habermas, «Ciudadanía e identidad nacional», más abajo en este mismo libro, pp. 619-644.

51. C. Schmitt, *Teoría de la Constitución* (1928), Madrid, 1992, pp. 303 ss.

complementa necesariamente con los clubes de debate que se forman en los salones y en las tabernas... El régimen parlamentario deja todo a la decisión de la mayoría, ¿cómo no habrían de querer decidir las mayorías allende el Parlamento? Si en las cumbres del Estado tocáis el violín, ¿qué podéis esperar sino que se baile abajo?»[52]. De ahí que E. Fraenkel pueda acentuar contra C. Schmitt, y no sólo con argumentos empíricos, sino ya en el marco de una teoría del proceso político articulado en términos de Estado de derecho, que la formación discursiva de la opinión y de la voluntad en modo alguno se restringe a los parlamentos. Antes son los circuitos de comunicación en los distintos niveles del espacio público-político, de los partidos y asociaciones políticas, de los órganos parlamentarios y del gobierno los que se concatenan y enlazan unos con otros y se influyen recíprocamente[53].

Pero esta idea sólo puede desarrollarse en un modelo de comunicación que se desprenda de las ideas concretistas de una representación del pueblo como si se tratase éste de una entidad. La conexión de la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad políticas con la formación informal de la opinión que tiene lugar en los espacios públicos culturalmente movilizados, ese modelo la entiende en términos *estructuralistas*. Esa conexión no viene posibilitada ni por la homogeneidad del pueblo y la identidad de la voluntad popular, ni tampoco por la identidad de una razón a la que se atribuya la capacidad de ponerse a buscar y *encontrar* un interés homogéneo que subyaciese en el fondo[54]. La concepción articulada en términos de teoría del discurso adopta una posición transversal respecto de las concepciones clásicas. Si la soberanía comunicativamente fluidificada de los ciudadanos se hace valer en el poder de discursos públicos que brotan de espacios públicos autónomos, pero que toman forma en los acuerdos de cuerpos legislativos que *proceden democráticamente* y que *tienen la responsabilidad política*, entonces el pluralismo de convicciones e intereses no se ve reprimido, sino desatado y reconocido tanto en decisiones mayoritarias susceptibles de revisarse como en compromisos. Pues entonces la unidad de una razón completamente procedimentalizada se retrae a la estructura discursiva de

52. K. Marx, *El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte*, en K. Marx y Fr. Engels, *Obras escogidas* I, Madrid, 1975, p. 292.

53. E. Fraenkel, «Parlament und öffentliche Meinung», en Id., *Deutschland und die westlichen Demokratien*, ed. A. von Brüneck, Frankfurt a. M., 1991, p. 209: «La teoría de la "representación virtual" y la utopía de la "voluntad general" están ambas bien lejos de la idea moderna de una interdependencia entre Parlamento y opinión pública, como componentes ciertamente autónomos, pero indisolublemente ligados entre sí...».

54. Cf. mi crítica al trabajo de C. Schmitt, «Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy» (1926) (en Id., *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, 1990), en J. Habermas, «Los terrores de la autonomía», en Id., *Identidades nacionales y posnacionales*, Madrid, 1989, pp. 77 ss.

comunicaciones públicas y tiene su asiento en ella. No reconoce ausencia de coerción y, por tanto, fuerza legitimante a ningún consenso que no se haya producido bajo reservas falibilistas y sobre la base de libertades comunicativas anárquicamente desencadenadas. En el rebullir, en el torbellino e incluso vértigo de esta libertad no hay ya puntos fijos si no es el que representa el procedimiento democrático mismo, un procedimiento cuyo sentido se encierra ya en el propio sistema de los derechos.

(3) La división clásica de poderes se explica teniendo en cuenta la correspondiente diferenciación de las funciones del Estado: mientras que el Legislativo discute y acuerda programas generales, y la Justicia, sobre ese fundamento legal, resuelve conflictos de acción, la Administración se encarga de implementar las leyes que no son autoejecutivas sino que necesitan ejecutarse. La justicia elabora el derecho vigente como derecho, a saber, desde el punto de vista normativo de la estabilización de expectativas de comportamiento decidiendo autoritariamente en el caso particular qué ha de considerarse de derecho y qué no. La ejecución administrativa elabora el contenido teleológico del derecho vigente, en cuanto que éste da a las políticas forma de ley y dirige y gobierna la realización administrativa de fines colectivos. Desde puntos de vista de una división del trabajo basada en la lógica de las respectivas formas de argumentación los discursos jurídicos sirven a la aplicación de normas, mientras que la racionalidad de la actividad administrativa viene asegurada por discursos pragmáticos.

Estos últimos están cortados a la medida de la elección de tecnologías y estrategias que en las circunstancias dadas (teniendo en cuenta la limitación de recursos, los plazos, las resistencias a la aceptación y otras restricciones) resulten aptas para realizar los valores y fines que vienen previamente fijados y establecidos por el poder legislativo: «La Administración es el proceso de realización de valores previamente fijados, en un mundo de hechos contingentes. Los ideales legitimantes de la Administración son la precisión y la eficacia. Los administradores tienen que descubrir y emprender aquellas acciones que resulten eficaces para la obtención de fines especificados, sin olvidar, por supuesto, que ningún objetivo o fin particular agota la demanda colectiva de una vida buena. Los administradores han de realizar la tarea que tienen asignada de una forma eficaz en punto a costes. Dado que los valores vienen especificados, la Administración se orienta hacia hechos, algunos de ellos concretos e históricos ("¿cuál es el estado del mundo?"), otros de tipo probabilístico ("¿qué acciones realizadas en el mundo causarán que el mundo se ajuste a los fines que han establecido?"). La respuesta a estas clases de cuestiones implica una actitud mental inquisidora. El actuar así de forma eficiente

requiere generalmente división del trabajo y control jerárquico, en una palabra, burocracia... Es, sin duda, importante para el mantenimiento de la posibilidad de la autonomía liberal y para la participación democrática que la discrecionalidad de los funcionarios venga limitada por políticas fijas y generales, que venga estructurada mediante autoridad jerárquica, que sea ejercida de una forma procedimentalmente regular, y que pueda ser revisada en punto a ver si, *grosso modo*, se conforma con algún paradigma de racionalidad instrumental»[55]. De la división funcional de poderes fundamentada en términos de lógica de la argumentación resulta para la Administración una determinación de tareas de la que son ejemplo no tanto las burocracias ministeriales que preparan proyectos de ley, ni tampoco las corporaciones autónomas del tipo de las atenidas al derecho local alemán, sino el tipo de administración «referido exclusivamente a cosas y medios» que caracteriza a las instancias administrativas de tipo medio. Pues bien, el cumplimiento profesional de esta función es un componente importante de la legitimación de la Administración en el Estado democrático de derecho. Pero en ello no se agota la legitimación de la Administración.

Pues desde puntos de vista relativos a teoría del poder la lógica de la división de poderes sólo se explica porque la separación funcional asegura a la vez la primacía de la legislación democrática y la vinculación del poder administrativo al poder comunicativo. Los ciudadanos políticamente autónomos sólo pueden entenderse como autores del derecho al que como sujetos privados están sometidos si el derecho que ellos legítimamente establecen determina la *dirección* de la circulación política del poder. A ello sirve, por ejemplo, en lo que se refiere al gobierno, la autorización que de parte de los electores recibe el equipo dirigente que sale de las elecciones generales; pero a ello sirve sobre todo el principio de legalidad de una Administración, que además ha de quedar sometida al control parlamentario y judicial. El control se refiere a dos aspectos de la actividad administrativa: por un lado, al carácter profesional de la ejecución de la ley y, por otro, a la estricta observancia de las atribuciones normativas que garantizan la legalidad de la Administración y, por tanto, la reserva de ley de las intervenciones administrativas. La racionalidad de un cumplimiento de tareas profesionalmente competente por parte de expertos no protege de una autodelegación y autoprogramación *paternalistas* de los órganos ejecutores[56]. Antes la lógica de la división de poderes exige que la Administración quede facultada para un cumplimiento lo más profesional posible de sus tareas, pero sólo bajo premisas que no queden a su disposición: el Ejecutivo ha de quedar reducido al *empleo* de poder administrativo en el marco de las leyes.

55. J. L. Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, New Haven, 1985, p. 230.

56. Sobre este modelo expertocrático de la Administración, cf. J. L. Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, New Haven, 1985, p. 19: «En virtud de su constante exposición a un solo tipo de problemas, así como mediante su selección de personal por entrenamiento especializado, la actividad administrativa comporta un grado de especialización que los tribunales y los parlamentos, habida cuenta de su carácter generalista, rara vez podrían alcanzar. Aun cuando la actuación administrativa no tenga el conocimiento científico exigido o la experiencia técnica requerida para llegar a soluciones definitivas al comienzo mismo de sus operaciones, el modelo expertocrático de la Administración imagina que con el tiempo la experiencia y la investigación producirán juicios administrativos crecientemente correctos».

Esta vinculación de la Administración a la ley no ha de confundirse con un mecanismo de otro tipo, que también opera restringiendo el poder. La división regional y funcional del poder administrativo en una Administración estructurada en términos federativos o la subdivisión del ejecutivo en Administraciones especiales y universales se atienen al modelo de *checks and balances*, es decir, al modelo de una distribución del poder dentro de la división funcional de poderes ya efectuada. Esta *distribución* del poder administrativo sólo está conectada con la lógica de la división de poderes de forma indirecta, es decir, en la medida en que la descentralización interna del aparato administrativo tiene efectos de dilación, bloqueo y atemperamiento, que abren la Administración en conjunto a controles externos.

Si el derecho ha de ser normativamente fuente de legitimación y no sólo un puro medio fáctico de organización del dominio, entonces el poder administrativo ha de quedar retroalimentativamente conectado con el poder generado comunicativamente. Esta conexión retroalimentativa del poder administrativo organizador de fines, por un lado, con el poder comunicativo generador del derecho, por otro, puede efectuarse a través de una división funcional de poderes porque la tarea del Estado democrático de derecho consiste no sólo en distribuir equilibradamente el poder político sino en despojarlo mediante racionalización de todo aspecto de violencia. La domesticación jurídica del poder-violencia, del poder político cuasinatural, no debe entenderse como disciplinamiento de un poder-decisión de la voluntad, de tipo contingente, e indominable en su más íntima sustancia. Antes la domesticación jurídica disuelve esa sustancia y la transforma en un «imperio de las leyes», en el que sólo se expresa la autoorganización políticamente autónoma de la comunidad jurídica. El *quid* del derecho natural racional que opera con la idea de autodeterminación de Rousseau y Kant, es una unión de razón práctica y voluntad soberana que despoja a la dominación política de todo lo simplemente cuasinatural, haciendo derivar el ejercicio de la dominación política del ejercicio de la autonomía política de los ciudadanos.

Por eso, en las construcciones del Estado burgués de derecho efectuadas en términos de derecho natural racional, el *concepto de*

ley constituye el elemento eje. Si la ley se entiende como norma general a la que otorga validez el asentimiento de la representación popular en un procedimiento caracterizado por la discusión y la publicidad, entonces en ella se unen ambos momentos, a saber, el poder de una voluntad formada intersubjetivamente y la razón que el procedimiento legitimador encarna. La ley democrática viene entonces caracterizada por «la combinación de la discrecionalidad que en cuanto a contenido ofrecen las decisiones jurídicas y la no-discrecionalidad de sus presupuestos y condiciones procedimentales»[57]. Lo que asegura la justicia de la ley es su génesis democrática y no principios jurídicos *a priori* a los que la ley hubiera de corresponder y acomodarse: «La justicia de la ley viene garantizada por el peculiar procedimiento de su producción»[58]. La primacía de la Constitución sobre la actividad legislativa y su producto es por entero compatible con ello; pues una Constitución que interpreta y desarrolla el sistema de los derechos, no contiene «otra cosa que principios y condiciones del ineludible e insuprimible proceso de producción legislativa»[59].

Sin embargo, la teoría liberal de la división de poderes se basa en una interpretación restrictiva de este concepto de ley. En esa doctrina se caracteriza a la ley en términos semánticos por la forma abstracta-general de las proposiciones normativas en que viene formulada y se considera cumplido el principio de legalidad de la Administración cuando la ejecución administrativa se restringe estrictamente a una concretización de ese contenido normativo general, ajustada a las circunstancias concretas. Conforme a esta lectura, la ley debe su legitimidad no al procedimiento democrático sino a su forma gramatical. Y este recortamiento semántico sugiere una interpretación de la división de poderes, atenida a términos de una lógica de la subsunción. Conforme a tal interpretación, la vinculación del legislativo a la Constitución y la vinculación del ejecutivo a la ley se medirían por la subordinación (en términos de inclusión lógica) de los contenidos normativos más particulares bajo los más generales: medidas, disposiciones y órdenes habrían de poder subsumirse bajo la ley como las leyes simples bajo las normas constitucionales. La lógica de la división de poderes podría así operacionalizarse recurriendo a relaciones de inclusión. Esta explicación, tan económica como elegante, ha mantenido hasta hoy su fuerza de sugestión, pero

57. I. Maus, «Zur Theorie der Institutionalisierung bei Kant», en G. Göhler et al. (eds.), *Politische Institutionen im gesellschaftlichen Umbruch*, Opladen, 1990, pp. 358 ss.; la cita es de la p. 372.

58. I. Maus, «Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaates», en M. Tohidipur (ed.), *Der bürgerliche Rechtsstaat* I, Frankfurt a. M., 1978, p. 15.

59. I. Maus, «Zur Theorie der Institutionalisierung bei Kant», pp. 374 s. Sobre el tránsito de un derecho natural material a un derecho natural procedimental en Kant, cf. también I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt a. M., 1992, pp. 148 ss.

ha provocado objeciones que no se dirigen tanto contra la lógica de la división de poderes como contra su *lectura liberal*.

Pues el esquema clásico de la división de poderes puede mantenerse tanto menos cuanto más pierden las leyes la forma de programas condicionales y cobran la forma de programas finalistas o teleológicos. También estas leyes «materializadas» se presentan por lo general como normas generales, que vienen formuladas sin nombres propios y dirigidas a un número indefinido de destinatarios. Sin embargo, contienen cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados o contienen finalidades concretas, de modo análogo a como sucede en las medidas administrativas, finalidades que, por tanto, dejan a la Administración un ancho margen de discrecionalidad. A consecuencia de la evolución hacia un creciente intervencionismo estatal, cada vez son más los ámbitos jurídicos que se han «materializado», con el resultado de que una Administración planificadora, encargada de hacer múltiples prestaciones y configurar múltiples ámbitos, cada vez puede restringirse menos a la implementación técnica (y descargada de cuestiones normativas) de normas generales y suficientemente definidas. Esta evolución, bien documentada y a menudo discutida en el caso de la República Federal de Alemania, vale igualmente para Estados Unidos y otros países comparables[60]: «Cuando bajo normas tales como la ley de calidad del agua, la ley de calidad del aire, la ley de seguridad de los productos de consumo, la ley de salud y seguridad en el trabajo, la ley de seguridad de los vehículos de motor, o la ley de seguridad respecto de los productos tóxicos, el Congreso impone a los organismos administrativos más recientes la necesidad de hacer *trade-offs* entre la necesidad de salud o seguridad pública y la necesidad tanto de empleo, como de diversidad de productos y de una economía que se mantenga en auge, parece claro que los administradores tienen que hacer elecciones valorativas que van mucho más allá de cualquier definición de su competencia técnica profesional. La discrecionalidad administrativa a la hora de escoger entre valores sociales en pugna socava así el modelo tradicional de la legitimidad administrativa, que entendía la Administración como una simple correa de transmisión»[61].

Pero este tipo de objeciones no hacen sino dejar claro que el principio de legalidad de la Administración no queda aprehendido de forma suficientemente abstracta en el modelo de la ejecución de leyes generales, que opera con imágenes de ese tipo, y no lo queda en un doble aspecto. Primero, los principios del Estado de derecho

60. I. Maus, «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», en Id., *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, 1986, pp. 277-331.

61. J. L. Mashaw, *Due Process in the Administrative State*, New Haven, 1985, p. 22.

han de introducirse con independencia de cualquier orden jurídico histórico y de cualquier *forma concreta de institucionalización*. En este plano de análisis, en el que me he movido hasta ahora, sólo se habla de institucionalizaciones necesarias *en general*, pero no de la realización de principios en instituciones políticas dadas. La constitución de distintos poderes del Estado y la separación abstracta de sus funciones no significa todavía en modo alguno la diferenciación de otras tantas «organizaciones». Así, una reacción a la ampliación del espacio de discrecionalidad de las burocracias del Estado social consistió en incrustar formas de participación y estructuras de discurso en el proceso de toma de decisiones de la Administración misma, con el fin de evitar el riesgo de una impermisible autoprogramación de la Administración. Los «clientes» afectados quedaron dotados de nuevos derechos procedimentales frente a las autoridades: «Más que imponer a los administradores nuevos criterios o prioridades en cuanto a toma de decisiones, los tribunales exigieron que las decisiones sólo se tomasen tras escuchar los puntos de vista o la evidencia representada por intereses que tradicionalmente no habían estado representados en el proceso administrativo. Todas estas técnicas tendían a ensanchar, intensificar o redefinir la participación de las partes afectadas en el proceso administrativo»[62]. Ciertamente, la introducción de trámites de audiencia y de información similares a los de los tribunales, y de otras formas de participación en el proceso administrativo provocó nuevos riesgos, que Mashaw discute bajo los epígrafes de *overintrusion* y *underprotection*. Pero también esta crítica se apoya en criterios normativos que están tomados de la lógica de la división de poderes.

Segundo, los principios han de estar formulados con abstracción suficiente, lo cual no sólo significa que han de estar formulados con independencia de las formas cambiantes de su institucionalización. También el concepto semántico de norma general, en el que se pretendió anclar a la lógica de la división de poderes, prejuzga todavía demasiado. La función de bisagra que cumple la ley en la construcción del Estado de derecho con división de poderes, no puede explicarse suficientemente recurriendo sólo a puntos de vista semánticos. Antes la mirada ha de dirigirse a los discursos y negociaciones en los que se forma la voluntad del legislador, y al potencial de razones con las que se legitiman las leyes. Desde el punto de vista de la teoría del discurso, las funciones que representan la producción legislativa, la justicia y la Administración pueden diferenciarse conforme a sus respectivas formas de comunicación y a los correspondientes potenciales de razones. Las leyes regulan la transformación del poder comunicativo en administrativo, al ser producidas conforme a un procedimiento democrático, al fundamentar una protección del derecho que viene garantizada por tribunales que juzgan imparcialmente, y al *sustraer* a la Administración que las implementa la clase de razones normativas que sustentan a los acuerdos del legislativo y a las decisiones judiciales. Las razones normativas pertenecen a un universo dentro del cual el poder legislativo y la administración de justicia se dividen el trabajo de fundamentación de normas y aplicación de normas. Una Administración restringida a discursos pragmáticos no debe mover nada *en ese* universo, habida cuenta del tipo de funciones y contribuciones que le competen; al mismo tiempo la Administración recibe de ese universo las premisas normativas que han de estar a la base de sus propias decisiones, decisiones que han de ser empíricamente informadas y racionales con arreglo a fines.

62. *Ibid.*

Consideradas las cosas desde el punto de vista de la lógica de la argumentación, la separación de competencias entre la instancia legisladora, la instancia aplicadora de la ley y la instancia ejecutora de la ley, resulta de la *distribución de las posibilidades de recurrir a las distintas clases de razones* y de las formas de comunicación que, correspondientemente, esas clases de razones comportan, formas de comunicación que fijan el tipo de trato con esas razones. Recurso ilimitado a razones normativas y pragmáticas, incluyendo las constituidas por los resultados de negociaciones *fair*, lo tiene solamente el legislador político, mas ello solamente en el marco de un procedimiento democrático atenido a la perspectiva de fundamentación de normas. La Justicia no puede disponer a capricho de las razones agavilladas en las normas legales; pero esas mismas razones desempeñan, ciertamente, un papel distinto cuando se utilizan en un discurso aplicativo, enderezado a obtener decisiones consistentes, y con la vista puesta en la coherencia del sistema jurídico en conjunto. Finalmente, a diferencia de lo que sucede en el caso del poder legislativo y el poder judicial, la Administración tiene vedado el trato constructivo y reconstructivo con razones normativas. Las normas emitidas por el legislativo ligan la persecución de fines colectivos a premisas establecidas y limitan la actividad de la Administración al horizonte de la racionalidad con arreglo a fines. Esas normas facultan a las autoridades para seleccionar tecnologías y estrategias de acción, pero con la reserva de que —a diferencia de los sujetos jurídicos privados— esas autoridades no persigan sus propios intereses y preferencias.

El hablar de «legislador», «justicia» y «Administración» sugiere una comprensión demasiado concreta, marcada ya por las distintas formas de institucionalización que conocemos y que, por tanto, yerra el nivel de abstracción en que hemos bosquejado, recurriendo para ello a una teoría del discurso, las funciones de legislación, aplicación y ejecución. Sólo desde los puntos de vista abstractos concer-

nientes tanto a la posibilidad de recurrir y acceder a las distintas clases de razones, como a las correspondientes formas de comunicación que esos distintos tipos de razones comportan, pueden enjuiciarse las formas concretas de institucionalización de los principios que se siguen de la lógica de la división de poderes. En la medida en que, por ejemplo, la implementación de programas finalistas o teleológicos grava a la Administración con la necesidad de proveer organizativamente a tareas que, por lo menos implícitamente, tienen el carácter de una producción de derecho o de un desarrollo del derecho y de una aplicación judicial de la ley, deja de ser suficiente la base legitimatoria de las estructuras tradicionales de la Administración. La lógica de la división de poderes ha de realizarse entonces en estructuras distintas, por ejemplo mediante establecimiento de las correspondientes formas de participación y comunicación o mediante la introducción (en el proceso administrativo) de procedimientos de tipo judicial y parlamentario, de procedimientos de formación de compromisos, etc.[63]. En esto entraré más por menudo en el último capítulo.

63. No es posible establecer una correspondencia lineal entre los principios del Estado de derecho y las correspondientes formas de su realización organizativa, pues tal correspondencia lineal quedaría desmentida incluso por la figura que representa la autoadministración municipal. Como es sabido, sólo forzando las cosas cabría ajustar ésta al esquema clásico de la división de poderes. La inclusión de la autoadministración municipal en la Administración general del Estado sólo es resultado (desde un punto de vista jurídico) de «que el derecho municipal es en su núcleo derecho organizativo y, por tanto, está en estrecha conexión con la organización jurídica del *Land*» (D. Czybulka, *Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung*, Heidelberg, 1989, p. 195). Pero consideradas las cosas desde puntos de vista funcionales, la descentralización de un amplio abanico de competencias permite en este nivel de decisión tan próximo a la base un entrelazamiento organizativo de funciones estatales, que está plenamente en concordancia con la lógica de la división de poderes. Ciertamente, las coorporaciones locales no disponen de competencia legislativa, pero sí de autonomía estatutaria. La legitimación por medio de elecciones generales y referidas a personas, la forma parlamentaria de la formación de la voluntad, la participación no retribuida de los legos, etc., posibilita a los ciudadanos de los municipios ejercer una influencia comparativamente fuerte sobre los programas y sobre el desenvolvimiento de una Administración de tipo universal que va más allá de otros modelos de participación en la Administración (o de «participación organizada de los afectados»). Tanto más difícil resulta entonces establecer el principio de separación entre Estado y sociedad. Este tipo de organización resulta vulnerable por la presión informalmente ejercida de personas y grupos socialmente poderosos. Con este ejemplo de la autoadministración municipal sólo trato de recordar que los principios del Estado de derecho no pueden proyectarse sin más mediaciones sobre el nivel organizativo que representan las instituciones políticas o incluso sobre el nivel que representa el proceso político mismo. De ninguna manera todos los fenómenos que hablan contra el esquema clásico de la división de poderes representan o apoyan objeciones contra la lógica misma de esa división de poderes.

V

INDETERMINACIÓN DEL DERECHO Y RACIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Hemos introducido el sistema de los derechos y los principios del Estado de derecho partiendo de los planteamientos del derecho natural racional. El cambio de perspectiva desde los planteamientos articulados en términos de teoría del contrato a un planteamiento articulado en términos de teoría del discurso, el cambio, digo, de perspectiva teórica que hemos efectuado, no significa todavía que hayamos introducido alguna mudanza en el nivel de abstracción. Las referencias ilustrativas que ocasionalmente hemos hecho al sistema jurídico de la República Federal de Alemania o de Estados Unidos nos han recordado, sin duda, que los principios del Estado de derecho y los derechos fundamentales pueden, ciertamente, definirse en abstracto, pero que sólo podemos hallarlos en constituciones históricas y en sistemas políticos. Quedan interpretados y encarnados en órdenes jurídicos concretos: en el nivel del simbolismo cultural quedan interpretados y encarnados en el derecho constitucional, y en el nivel del sistema de acción quedan interpretados y encarnados en la realidad constitucional de las instituciones y *procesos* políticos. Éstos son los objetos del derecho constitucional comparado y de la ciencia política comparada; no constituyen nuestro tema pero lo tocan indirectamente. Los órdenes jurídicos concretos representan no sólo distintas variantes de la realización de los mismos derechos y principios; en ellos se reflejan también paradigmas jurídicos distintos. Entiendo por tales las ideas típicas y ejemplares de una comunidad jurídica en lo tocante a la cuestión de cómo pueden realizarse el sistema de los derechos y los principios del Estado de derecho en el contexto efectivamente *percibido* de la sociedad dada en cada caso.

Un *paradigma jurídico* explica, con ayuda de un modelo de la sociedad contemporánea, de qué modo han de entenderse y manejarse los principios del Estado de derecho y los derechos fundamen-

tales, para que puedan cumplir en el contexto dado las funciones que normativamente tienen asignadas. Un «modelo social del derecho» (Wieacker) representa algo así como la teoría implícita que de la sociedad tiene el sistema jurídico, es decir, la imagen que éste se hace de su entorno social. El paradigma jurídico indica entonces cómo en el marco de tal modelo pueden entenderse y realizarse los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho. Los dos paradigmas jurídicos que más consecuencias han tenido en la historia del derecho moderno y que aun hoy siguen compitiendo entre sí son el del derecho formal burgués y el del derecho materializado en términos de Estado social. Con la interpretación que vengo haciendo del derecho y la política en términos de teoría del discurso, mi intención es dar contornos más netos a un tercer paradigma del derecho, que recapitule en sí a los otros dos. Parto de que a los sistemas jurídicos que a fines del siglo XX rigen en las democracias de masas, articuladas en términos de Estado social, lo que más se les ajusta es una comprensión procedimental del derecho. Antes de entrar en la discusión acerca de los distintos paradigmas, dedicaré los dos capítulos que siguen a otro asunto, a saber: el planteamiento que desde la perspectiva de la *filosofía del derecho* he delineado (introduciendo en términos de teoría del discurso el sistema de los derechos y los principios del Estado de derecho) trataré de hacerlo plausible desde puntos de vista relativos a *teoría del derecho*, es decir, en lo que respecta al sistema jurídico en *sentido estricto*.

En relación con los sistemas jurídicos modernos conviene recurrir a una doble delimitación. Al derecho como sistema de acción podemos hacerle corresponder la totalidad de las interacciones reguladas por normas jurídicas. Luhmann, por ejemplo, define el derecho en este *sentido lato* como el subsistema social que está especializado en la estabilización de expectativas de comportamiento. Se compone de todas las comunicaciones sociales que vienen formuladas con referencia al derecho[1]. De todo ello puede distinguirse el sistema jurídico *en sentido estricto*. A éste pertenecen todas las interacciones que no sólo se orientan por el derecho, sino que también se enderezan a producir nuevo derecho y a reproducirlo como derecho. Para la institucionalización del sistema jurídico en este sentido es menester una autoaplicación del derecho en forma de reglas secundarias, las cuales constituyen y transfieren las competencias de producir, aplicar e implementar el derecho. Y conforme a estas funciones se distinguen los «poderes» estatales que representan el legislativo, la justicia y la Administración.

Pero consideradas las cosas empíricamente, en esta producción y reproducción del derecho en las sociedades de nuestro tipo están

1. N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1981, pp. 35 ss.

implicadas diversas instituciones que, en cada caso, cumplen simultáneamente más de una función. En el Estado democrático de derecho la legislación política se considera la función central. Y en ella no solamente están implicados hoy los partidos, el cuerpo electoral, los organismos parlamentarios y el gobierno, sino también la práctica de las decisiones judiciales, que sirve al desarrollo del derecho, y también las decisiones de la Administración, en la medida en que ésta se programa a sí misma. La función de la aplicación de las leyes no sólo la ejercen las instancias de la administración de justicia en el horizonte de la dogmática jurídica y del espacio público jurídico, sino implícitamente también las Administraciones. La función de ejecución de las leyes es ejercida por el gobierno y la Administración e indirectamente también por los tribunales. Y una parte de estas funciones jurídicas es delegada por los órganos del Estado en cuerpos semipúblicos o privados.

Por sistema jurídico en sentido lato entiendo los sistemas de acción jurídicamente normados, dentro de los cuales un ámbito nuclear de generación privado-autónoma de actos jurídicos constituido en términos de derecho reflexivo, destaca de los decursos de acción gobernados por normas jurídicas materiales. Por lo demás, se da una estratificación entre los ámbitos de interacción formalmente organizados, es decir, los constituidos por medio del derecho, y aquellos a los que el derecho sólo presta una suerte de envoltura, pero que primariamente vienen regulados por instituciones extrajurídicas. En los ámbitos formalmente organizados como la economía o el aparato estatal todas las interacciones vienen regidas por el derecho y, también desde la perspectiva del actor, quedan referidas al derecho, mientras que en ámbitos como la familia o la escuela sólo en caso de conflicto abandona el derecho su difusa presencia de fondo y llega a la conciencia de los actores[2].

Estas referencias han de bastar para una localización siquiera un tanto elemental del sistema jurídico en sentido estricto. En este nivel de análisis es donde ha de empezar acreditándose una teoría discursiva del derecho. A diferencia de las teorías filosóficas de la justicia, la *teoría del derecho* se mueve dentro de los límites de los órdenes jurídicos concretos. Sus datos los toma del derecho vigente, de las leyes y precedentes, de las respectivas dogmáticas jurídicas, de los contextos políticos de la actividad legislativa, de las fuentes históricas del derecho, etc. A diferencia de la filosofía, la teoría del derecho no podrá preterir sobre todo aquellos aspectos que resultan de la interna conexión entre derecho y poder político, y en primera línea la cuestión de la autorización jurídica de la utilización estatal de la

2. Antes de que estalle el conflicto carecen de «conciencia jurídica» clara en lo que se refiere a la protección de los propios intereses.

fuerza legítima[3]. Por otro lado, la teoría del derecho coincide con la dogmática jurídica en privilegiar la perspectiva del juez. Esto se explica por la posición funcional que la actividad judicial ocupa en el sistema jurídico en sentido estricto. Como todas las comunicaciones jurídicas remiten a pretensiones susceptibles de accionarse judicialmente, el proceso judicial constituye el punto de fuga para el análisis del sistema jurídico. Pero la elección de esta perspectiva de investigación sólo significa una fijación *metodológica*, no una restricción del análisis al ámbito de la administración de justicia. En lo que a contenido se refiere, la teoría del derecho abarca también al legislador y a la Administración, es decir, a todos los subsistemas ocupados reflexivamente de la generación y reproducción de derecho, como también al sistema jurídico en sentido lato. De la dogmática jurídica se distingue por la pretensión de suministrar una teoría del orden jurídico en conjunto. A tal fin tiene en cuenta las perspectivas de los demás participantes, al incluir en su propia perspectiva explicativa, que no es otra que la del experto en derecho, los papeles del legislador político, de la Administración y del miembro de la comunidad jurídica (tanto del «cliente» de las burocracias estatales como del ciudadano) sin necesidad de abandonar por ello en ningún momento esa perspectiva[4]. Como mostraremos a propósito de la concepción que Ronald Dworkin tiene del derecho como un medio que asegura la «integridad» de la sociedad en conjunto, por la vía señalada entra en la pespectiva de análisis de la teoría del derecho incluso la autocomprensión colectiva de los miembros de la comunidad jurídica. Pese a lo cual, la teoría del derecho es en primera línea *teoría de la jurisdicción y de la jurisprudencia* y del discurso jurídico.

La tensión inmanente al derecho entre facticidad y validez se manifiesta dentro de la administración de justicia como tensión entre el principio de seguridad jurídica y la pretensión de estar dictando decisiones correctas. Primero discutiré cuatro concepciones típicas del derecho, que prevén para el problema de la racionalidad de la jurisdicción y la jurisprudencia soluciones distintas (I). Particular interés merece la propuesta de Ronald Dworkin, la cual proyecta las suposiciones de racionalidad de la práctica de las decisiones judiciales sobre el plano de una reconstrucción racional del derecho vigente. La teoría que Dworkin postula habría de cumplir unas exigencias ideales que

3. Desde este punto de vista R. Dworkin distingue entre *law* y *justice*, entre lo justo legal y la justicia: «La justicia es asunto de la teoría correcta o de la mejor teoría de los derechos morales y políticos... La ley es asunto de qué supuestos derechos suministran una justificación para usar, o negar el uso de, la fuerza colectiva del Estado porque vienen incluidos en, o están implicados por, las efectivas decisiones políticas del pasado» (R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., 1986, p. 97).

4. Cf. R. Dreier, *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen, 1975; N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978.

han provocado una viva discusión (II). Las objeciones de F. Michelman contra el planteamiento solipsista de Dworkin allanan el camino para una teoría del discurso jurídico, articulada en términos de intersubjetividad. La tesis defendida en este contexto de que el discurso jurídico debe entenderse como un caso especial del discurso (de aplicación) moral, no hace empero justicia a la complejidad de la relación entre la actividad judicial y la producción legislativa (III).

I

(I) Una teoría filosófica de la justicia, que empiece hablando directamente un lenguaje normativo y que, en su tentativa de justificar los principios de una sociedad bien ordenada, opere allende las instituciones y tradiciones vigentes, habrá de plantearse el problema de cómo poner en contacto idea y realidad. Y lo que en tal caso, para una teoría ya completa, se presenta como un consecuente problema ulterior, constituye para una teoría del derecho, que opera dentro de la esfera del derecho vigente, el problema de partida. Hemos visto de qué modo la tensión entre facticidad y validez penetra en la propia categoría de derecho haciéndose sentir en ambas dimensiones de la vigencia/validez jurídica. El derecho vigente garantiza, por un lado, la imposición de expectativas de comportamiento estatalmente sancionadas y, por tanto, la seguridad jurídica; por otro lado, los procedimientos racionales de producción y aplicación del derecho prometen la legitimidad de las expectativas de comportamiento estabilizadas de esa forma: las normas *merecen* obediencia y en todo momento deben poder ser seguidas también por «respeto a la ley». En el plano de la práctica de las decisiones judiciales, ambas garantías han de poder desempeñarse de modo simultáneo. No basta con que pretensiones en conflicto se transformen en pretensiones jurídicas y por vía de una demanda ante los tribunales se decidan de forma jurídicamente vinculante. Los fallos emitidos, para cumplir la función sociointegradora que ha de ejercer el orden jurídico y satisfacer a la pretensión de legitimidad del derecho, han de cumplir a la vez los requisitos de representar *decisiones consistentes* y de ser *racionalmente aceptables*. Y como ambas cosas no consuenan sin más entre sí, en la práctica de las decisiones judiciales habrán de ponerse en concordancia dos clases distintas de criterios.

Por un lado, el principio de seguridad jurídica exige decisiones que resulten consistentes en el marco del orden jurídico vigente. Este derecho vigente es el producto de todo un inabarcable tejido de decisiones pasadas del legislador y de los jueces, o de tradiciones articuladas en términos de derecho consuetudinario. Esta historia institucional del derecho constituye el trasfondo de toda nueva de-

cisión actual. En la positividad del derecho se reflejan también las contingencias de tal contexto de nacimiento. Por otro lado, la pretensión de legitimidad del orden jurídico exige decisiones que no sólo concuerden con el trato que en el pasado se dio a casos análogos y con el sistema jurídico vigente, sino que deben estar también fundamentadas racionalmente en lo tocante a la cosa misma, a fin de poder ser aceptadas por los miembros de la comunidad jurídica como decisiones racionales. Las sentencias de los jueces, los cuales deciden un caso actual precisamente también en el horizonte de un presente futuro, pretenden validez a la luz de reglas y principios legítimos. Por tanto, las fundamentaciones de las sentencias han de emanciparse de las contingencias de ese contexto de nacimiento. Este cambio de perspectiva desde la historia a la sistemática se efectúa explícitamente en el tránsito desde la justificación interna de una sentencia, que se basa en premisas previamente dadas, a la justificación externa de las premisas mismas[5]. Al igual que las leyes, también las decisiones judiciales son «creaturas tanto de la historia como de la moral: lo que un individuo está legitimado a tener en la sociedad civil, depende, tanto de la práctica, como de la justicia de sus instituciones políticas»[6].

El problema de la racionalidad de la administración de justicia consiste, por tanto, en que la aplicación de un derecho surgido contingentemente pueda hacerse de forma internamente consistente y fundamentarse externamente de modo racional, para asegurar simultáneamente la *seguridad jurídica* y la *rectitud o corrección normativas*. Si se parte de que ya no resulta transitable la opción que representa el derecho natural racional, es decir, la de someter lisa y llanamente el derecho vigente a criterios suprapositivos, ofrécense de entrada para el tratamiento de esta cuestión central en teoría del derecho otras tres alternativas bien conocidas, a saber, las respuestas de (*a*) la hermenéutica jurídica, (*b*) del realismo jurídico y (*c*) del positivismo jurídico.

(*a*) La hermenéutica jurídica tiene el mérito de haber hecho valer de nuevo, contra el modelo convencional de la decisión jurídica como de una subsunción de un caso bajo la correspondiente regla, la idea aristotélica de que ninguna regla puede regular su propia aplicación[7]. Un estado de cosas conforme con la regla sólo se constituye por venir descrito en conceptos de una norma que se aplica a él, mientras que el significado de la norma sólo cobra concreción al aplicarse ésta a un estado de cosas que (por venir descrito en conceptos de la norma) le

5. J. Wroblewski, «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision»: *Rechtstheorie* 5 (1974).
6. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, [3]1995, p. 154.
7. H. G. Gadamer, *Verdad y método*, Salamanca, 1977.

resulte específico. Una norma sólo puede «aprehender» una situación compleja del mundo de la vida en términos selectivos, es decir, en la perspectiva de las relevancias que la propia norma se encarga de fijar previamente, mientras que el estado de cosas constituido por la norma nunca agota el vago contenido semántico de una norma general, sino que a su vez lo hace valer de forma selectiva. Esta descripción evidentemente circular señala un problema metodológico que toda teoría del derecho tiene que aclarar.

La hermenéutica propone para ello un modelo procesual de interpretación. La interpretación comienza con una precomprensión de marcado carácter evaluativo que establece entre norma y estado de cosas una relación previa y abre el horizonte para el establecimiento de ulteriores relaciones. La precomprensión, inicialmente difusa, queda precisada a medida que bajo la dirección de esa precomprensión norma y estado de cosas se concretizan o constituyen recíprocamente[8]. La hermenéutica cobra una posición propia en el seno de la teoría del derecho porque resuelve el problema de la racionalidad en la fundamentación de las sentencias mediante inserción contextualista de la razón en el contexto histórico de las tradiciones de que se trate. Según esto la precomprensión del juez viene acuñada y determinada por los *topoi* de un contexto de tradición, es decir, de una determinada eticidad. Es ese contexto el que guía el establecimiento de relaciones entre normas y estados de cosas a la luz de principios históricamente acreditados. La racionalidad de una decisión se mediría en última instancia por «los estándares que representan usos y costumbres todavía no condensados en normas», por «una sabiduría jurisprudencial que antecede a la *lex*»[9]. La hermenéutica, convertida así en teoría del derecho, se toma, pues, en serio la pretensión de legitimidad de las decisiones judiciales. La indeterminación del proceso circular de comprensión puede reducirse gradualmente mediante referencia a principios. Pero estos principios sólo pueden legitimarse por la «historia efectual» de esa forma de derecho y de vida en la que al juez mismo le acontece contingentemente estar.

(*b*) Pero el recurso a un *ethos* reinante o dominante, desarrollado mediante interpretación, no ofrece en una sociedad pluralista, en la que compiten entre *sí* distintos tipos de convicciones últimas y contrapuestas constelaciones de intereses, ningún fundamento convincente para la validez de las decisiones jurídicas. Lo que para unos vale como un *topos* históricamente acreditado, para otros no es más

8. W. Hassemer, «Juristische Hermeneutik»: *ARSP* 72 (1986), pp. 195 ss.; cf. también U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, pp. 54 ss.
9. J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1964, p. 182; Id., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Kronberg, 1972.

que ideología o puro prejuicio. Las escuelas realistas del derecho reaccionan a esta situación. No discuten el valor descriptivo de la metodología hermenéutica, pero llegan a una valoración distinta de esa precomprensión que gobierna el proceso de interpretación. En las operaciones electivas anejas a la práctica de las decisiones judiciales se hacen valer determinantes extrajurídicos, que sólo pueden aclararse mediante análisis empíricos. Estos factores externos explican cómo los jueces rellenan el ancho espacio de discrecionalidad de sus decisiones; y permiten *pronosticar* las decisiones judiciales en términos históricos, psicológicos o sociológicos. Saltan a la vista las consecuencias que de este planteamiento se siguen en lo tocante al derecho. En la medida en que el resultado de un proceso judicial puede explicarse por los intereses, por el proceso de socialización, por la proveniencia social, por la actitud política, o por la estructura de la personalidad del juez, o por las tradiciones ideológicas, por las constelaciones de poder, por los factores económicos y de otro tipo que operan dentro y fuera del sistema jurídico, la decisión que se toma ya no viene internamente determinada por la selectividad impuesta por el procedimiento, por el caso de que se trate y por los fundamentos de derecho. La lógica interna del derecho, ya reblandecida desde la perspectiva de la hermenéutica jurídica, es decir, relativizada mediante su inserción en tradiciones, desaparece ahora por completo bajo esta descripción «realista» del proceso de aplicación del derecho.

Desde el punto de vista del *Legal Realism*, de la «Escuela del derecho libre» y de la «jurisprudencia de intereses»[10] ya no cabe establecer ninguna distinción clara entre derecho y política recurriendo a rasgos estructurales. Pero si los procesos de decisión jurídica pueden describirse en términos similares a los procesos políticos de poder, pierde su sentido el postulado de asegurar la seguridad jurídica mediante decisiones consistentes sobre la base de un sistema de normas suficientemente determinadas. El derecho producido en el pasado pierde su dominio sobre las decisiones actuales porque éstas caen en buena medida en el ámbito de discrecionalidad del juez. La pretensión de legitimidad del derecho puede conservar en todo caso su sentido por vía de que el juez, al igual que un político, tome sus decisiones orientándose al futuro, y ello en virtud de orientaciones valorativas que él tiene por racionales. El derecho aparece entonces como un instrumento de control del comportamiento que puede utilizarse para fines políticos racionales, es decir, fundamentados en términos utilitaristas o en términos de economía del bienestar[11]. La

10. G. Ellscheid y W. Hassemer (eds.), *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, 1974.
11. Sobre el realismo jurídico americano cf. R. S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, 1982.

representación idealista de los implicados en el procedimiento, es decir, la idea de que todos (o la mayoría) de los casos puedan decidirse de forma a la vez consistente y correcta sobre la base del derecho vigente, ha sido sometida por las escuelas realistas a una crítica «desencantadora» y clarificadora desarrollada desde la perspectiva del observador. Pero por otro lado, la práctica de las decisiones judiciales apenas podría operar sin suposiciones idealizadoras. Una abierta revocación de la garantía de seguridad jurídica significaría que la administración de justicia habría de renunciar en última instancia a cumplir la función del derecho de estabilizar expectativas de comportamiento. Los realistas no pueden explicar cómo hacer compatible la capacidad de funcionamiento del sistema jurídico con una conciencia radicalmente escéptica en punto a derecho.

(*c*) En cambio, el positivismo jurídico trata de tener en cuenta, y de dar razón de, la función de estabilización de expectativas, sin necesidad, por otro lado, de apoyar la legitimidad de la decisión jurídica en la siempre impugnable autoridad de tradiciones éticas. En contraposición con las escuelas realistas, teóricos como Hans Kelsen y H. L. A. Hart subrayan el sentido normativo específico de las proposiciones jurídicas y la estructura sistemática de un sistema de reglas, como es el derecho, que tiene por fin posibilitar la consistencia de las decisiones atenidas a esas reglas y convertir el derecho en algo bien distinto de la política. En contraposición con los hermenéuticos, acentúan la completud y cierre de un sistema jurídico que sería impermeable a principios extrajurídicos. El problema de la racionalidad queda decidido así en favor de la primacía de una historia institucional estrechamente circunscrita y purificada de todo fundamento suprapositivo de validez. Una «norma fundamental» o «regla de conocimiento» conforme a la que puede decidirse qué normas pertenecen en cada caso al derecho vigente, permite atribuciones unívocas.

Si presuponemos tal sistema jurídico autónomo, que además se diferencia en reglas primarias, que determinan el comportamiento, y reglas secundarias, es decir, reglas autorreferencialmente productoras de normas, la validez de los preceptos jurídicos sólo se mide por la observancia de los procedimientos jurídicamente establecidos para la producción de normas. Esta legitimación a través de la legalidad del procedimiento de producción normativa da primacía a la procedencia, es decir, a la corrección del proceso de positivación o de toma de acuerdos, por encima de la fundamentación racional del contenido de una norma: las reglas son válidas por venir producidas conforme a derecho por las instituciones competentes. La legitimación del orden jurídico en conjunto se desplaza al origen o fuente, es decir, a una «norma fundamental» o «regla de reconocimiento» que todo lo legitima sin ser ella susceptible de una justificación racional;

el orden jurídico es algo a lo que uno fácticamente se habitúa como parte de la forma histórica de vida en la que ha crecido, es decir, algo que se acepta por costumbre. Hart hace esto plausible recurriendo al concepto de juego de lenguaje de Wittgenstein. Al igual que la gramática de un juego de lenguaje, así también la «regla de reconocimiento» está enraizada en una praxis que desde fuera puede describirse como un hecho pero que los participantes «aceptan y tienen por válida» a fuer de obviedad cultural[12].

La vinculación de la validez del derecho a su génesis sólo permite una solución asimétrica del problema de la racionalidad. La razón o la moral quedan en cierto modo subordinadas a la historia. De ahí que la interpretación positivista de la práctica de las decisiones judiciales venga a tener por consecuencia que la garantía de seguridad jurídica deje en un segundo plano a la garantía de racionalidad o rectitud normativa. La primacía de la seguridad jurídica se muestra en cómo el positivismo trata los «casos difíciles» (*hard cases*). En tales casos muéstrase de forma particularmente clara el problema hermenéutico básico de cómo justificar la adecuación de las inevitables decisiones selectivas. El positivismo trata de restar importancia a este problema analizando sus consecuencias como síntomas de una inevitable vaguedad de nuestras formulaciones en lenguaje corriente. Hart hace derivar la necesidad de interpretación que tienen las normas jurídicas de la estructura básicamente abierta de los lenguajes naturales y llega a una conclusión decisionista. En la medida en que el derecho vigente no baste para una determinación exacta de un estado de cosas, el juez no tendrá más remedio que decidir conforme a su propio criterio. Ese espacio de discrecionalidad el juez lo llena mediante preferencias no fundamentables jurídicamente y, dado el caso, orienta sus decisiones por criterios morales que no vienen cubiertos por la autoridad del derecho.

(2) La teoría de los derechos de Ronald Dworkin puede entenderse como la tentativa de evitar las deficiencias de las propuestas de solución realista, positivista y hermenéutica y de, introduciendo el supuesto de derechos concebidos en términos deontológicos, explicar cómo la práctica de las decisiones judiciales puede satisfacer simultáneamente a las exigencias de seguridad jurídica y de aceptabilidad racional. Contra el realismo, Dworkin se atiene, así, a la necesidad, como a la posibilidad de decisiones consistentes ligadas a las normas, que garanticen un grado suficiente de seguridad jurídi-

12. H. L. A. Hart, *The concept of Law*, Oxford, 1973; versión alemana, por la que se cita: *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt a. M., 1973, p. 155: «La regla de reconocimiento sólo existe como una práctica compleja, pero normalmente coordinada de los tribunales, funcionarios y personas privadas cuando con la ayuda de determinados criterios identifican qué es derecho. La existencia de la regla de reconocimiento radica en este tipo de facticidad».

ca. Contra el positivismo afirma la necesidad y posibilidad de «decisiones correctas», que a la luz de principios reconocidos vengan legitimadas en lo que a contenido se refiere (y no sólo en lo que se refiere a forma por vía de procedimiento). Pero tal referencia hermenéutica a una precomprensión determinada por principios no tiene por qué dejar al juez a merced de la «historia efectual» de tradiciones de contenido normativo dotadas de por sí de autoridad; antes este recurso le obliga a apropiarse críticamente una historia institucional del derecho en la que la razón práctica ha ido dejando sus huellas y su poso. Los tribunales deciden acerca de a quién asisten qué derechos «políticos»; y por derechos «políticos» entiende Dworkin derechos que gozan de validez positiva a la vez que merecen ser reconocidos desde el punto de vista de su justicia.

La tesis de que «hay» tales derechos cuenta con una razón práctica históricamente encarnada; por así decir, con una razón que penetra a través de la historia. Dicha razón se hace valer en el punto de vista moral y se articula en una «norma fundamental» que exige se tenga a todos la misma consideración y respeto. Esa norma fundamental de Dworkin coincide con el «principio del derecho» de Kant y con el primer «principio de justicia» de Rawls, conforme a los que a todos y cada uno asiste un derecho a iguales libertades subjetivas de acción. Pero contra Rawls, Dworkin objeta que las partes en la «posición original» sólo pueden ponerse de acuerdo sobre ese principio porque ese derecho básico a igual consideración y respeto regula ya la admisión de las partes a la «posición original», es decir, figura entre las condiciones de todo acuerdo o convenio racional en general. En Dworkin la norma fundamental goza del *status*, ya no ulteriormente fundamentable, de un «derecho natural..., que todos los hombres y mujeres poseen..., simplemente por ser seres humanos que tienen la capacidad de proyectar planes y practicar la justicia»[13]. Evitando connotaciones iusnaturalistas, esto puede entenderse también como una explicitación del sentido deontológico de los derechos fundamentales en general. Este sentido de validez se transfiere o comunica también a los derechos institucionalmente vinculantes o derechos «políticos» y presta a las pretensiones jurídicas individuales un momento de incondicionalidad. Pues Dworkin entiende los derechos subjetivos como «triunfos» en una especie de juego en el que los individuos defienden sus justificadas pretensiones frente al riesgo de verlas sobrepujadas por fines colectivos: «De la definición de un derecho se sigue que no puede ser sobrepujado por todos los fines sociales. Por mor de la simplicidad podemos convenir en no definir ningún fin político como derecho si no impone un determinado um-

13. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 274.

bral a los fines colectivos en general»[14]. De ningún modo todos los derechos subjetivos valen absolutamente, pero todo derecho impone al cálculo costes-beneficios en la realización de fines colectivos determinadas restricciones que, en última instancia, se justifican por el principio de igual respeto a todos.

La teoría de los derechos de Dworkin descansa en la premisa de que en la administración de justicia desempeñan un papel los puntos de vista morales porque el derecho positivo ha asimilado inevitablemente contenidos morales. Para una teoría discursiva del derecho que parte de que, a través del procedimiento democrático de producción de normas —y de las condiciones de *fairness* en la formación de compromisos— penetran también en el derecho razones morales, esta premisa no significa ninguna sorpresa[15]. Sin embargo, ha menester de alguna explicación, porque los contenidos morales, cuando son *traducidos* al código jurídico, experimentan un sistemático cambio en su significado, que les viene impuesto por la forma jurídica.

Excurso sobre los contenidos morales del derecho: el significado jurídico de los contenidos morales y el espectro de variación de sus pesos específicos, donde con más claridad aparecen es en el ámbito de las normas primarias, es decir, de las normas que regulan el comportamiento. Si, siguiendo una propuesta de clasificación de B. Peters, dividimos estas reglas no-procedimentales en preceptos y prohibiciones represivos o restitutivos, por un lado, y en «premios» y transferencias, por otro[16], uno se percata enseguida del ancho espectro de variación de los contenidos morales del derecho. Esos contenidos van disminuyendo poco a poco hasta un mínimo que consiste en que, en relación con las normas jurídicas en general, se espera obediencia al derecho, y ello con independencia del contenido de la norma. Un indicador del peso relativo del contenido moral es la fuerza de las reacciones de los miembros de la comunidad jurídica contra las transgresiones, que van desde la desaprobación y los reproches informales por parte de los miembros de la comunidad jurídica, hasta las sanciones que imponen los tribunales. La categorización de las penas (desde penas por delitos hasta penas por simples infracciones administrativas), al igual que la división en asuntos penales y asuntos civiles (comportando estos últimos derechos de indemnización o resarcimiento), pueden entenderse como una ponderación o evaluación que, en términos de dogmática jurídica, se hace del contenido moral. Los tipos elementales del derecho penal como

14. *Ibid.*, p. 161.

15. R. Alexy, «Zur Kritik des Rechtspositivismus», en R. Dreier (ed.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, Stuttgart, 1990, pp. 9-26; en contra N. Hoerster, *Verteidigung des Rechtspositivismus*, Frankfurt a. M., 1989.

16. B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 278 s.

el asesinato o el homicidio, la detención ilegal, el robo, etc., se consideran moralmente reprobables, mientras que la condena a la restitución por un daño causado comporta normalmente una cierta desaprobación del hecho, pero no el desprecio moral del autor.

Cosa distinta es lo que sucede con las reacciones a los «premios» o cargas asignados en función del comportamiento o actividad individuales, como son las subvenciones, las tasas, las diferencias de impuestos, etc., o con las reacciones a las transferencias de ingresos y a las prestaciones que se conceden conforme a criterios de Estado social, con independencia del comportamiento y la actividad individuales. El derecho con que se reviste a las políticas de redistribución de impuestos y de desplazamiento de recursos, de redistribución de riqueza y de puesta a punto de bienes colectivos, se dirige de forma moralmente neutral a destinatarios a los que se supone en primera línea una orientación por cálculos costes-beneficios o a los que se supone sencillamente «necesidades». Los malogros en el control del comportamiento que el legislador pretende no se consideran susceptibles de «reprocharse» a los destinatarios. Esto significa que el sentido de validez de las normas jurídicas que contienen «premios» o transferencias queda en cierto modo «desmoralizado». Sin embargo tales normas no carecen necesariamente, ni siquiera normalmente, de contenido moral, y ello porque suelen ser ingredientes de paquetes de leyes moralmente justificados. Los criterios morales que sirven al legislador para juzgar las correspondientes políticas impregnan el contenido del derecho, en cuyas formas esas políticas se ponen en práctica. Así, los argumentos relativos a fines, que Dworkin distingue de los argumentos concernientes a principios, pueden tener una gran relevancia moral.

Una posición intermedia entre las reglas de fuerte contenido moral y las reglas casi carentes de él es la que ocupan las reglas procedimentales intermedias que dotan de determinadas competencias a órganos semipúblicos como son las cámaras, las universidades, los colegios profesionales, etc. Para el ejercicio de estas competencias (por ejemplo, la de organizar huelgas, la de negociar compromisos, la de establecer reglas organizativas, etc.) hay establecidos procedimientos y preceptos concernientes a forma, que en ocasiones hacen también referencia a comportamientos moralmente relevantes como son los deberes de información y los deberes de diligencia, esmero y cuidado, la exclusión de medios de lucha no permisibles. Incluso en el derecho privado tienen su importancia lemas como el de «fidelidad y buena fe» o el responsabilizarse uno de las consecuencias no pretendidas de su acción, que vulneren derechos de otros. No deja de ser interesante el que tales preceptos relativos a forma y procedimiento no logren explicitar del todo, ni dar cobro en forma jurídica a, la sustancia moral de aquello que

Durkheim ejemplificara en los fundamentos no-contractuales del contrato. Esto concierne sobre todo a la capacidad de juicio moral que, si no dirigir, sí tiene al menos que acompañar siempre a la capacidad de generar y aplicar normas jurídicas. Esta interpretación puede que resulte problemática en el caso de las «normas de habilitación» en el ámbito nuclear que representa el derecho privado. Pero sí cobra una cierta plausibilidad en lo tocante a los ámbitos en que las competencias estatales de producción de normas y de organización se delegan en portadores que, como ocurre, por ejemplo, en el caso de las partes en las negociaciones salariales, o de los miembros de un consejo de administración elegidos conforme al derecho concerniente a la organización social de las empresas, de «privados» sólo tienen ya el nombre.

Naturalmente, la moral en su papel de *criterio de derecho correcto*, tiene su sede primaria en la formación de la voluntad política del legislador y en la comunicación política del espacio público. Por otro lado, los mencionados ejemplos de moral *en el derecho* no significan sino que contenidos morales son traducidos al código que es el derecho y dotados de otro modo de validez. Pues un solapamiento o coincidencia de contenidos no cambia nada en esa diferenciación entre moral y derecho que se produce en el nivel postconvencional de fundamentación y en las condiciones de pluralismo que, en lo tocante a visiones del mundo, caracteriza al mundo moderno. Mientras se mantenga la *diferencia de lenguajes*, la emigración de contenidos morales al interior del derecho no puede significar una moralización *directa* del derecho. Cuando Dworkin habla de esos argumentos concernientes a principios, que se aducen para la justificación externa de decisiones judiciales, lo que Dworkin tiene a la vista en la mayoría de los casos son principios jurídicos que resultan de la aplicación del «principio de discurso» al código que el derecho representa. El sistema de los derechos y los principios del Estado de derecho se debe, sin duda, a la razón práctica, pero primariamente en la forma especial que ésta reviste en el principio democrático. El contenido moral de los derechos fundamentales y de los principios del Estado de derecho se explica también porque las normas fundamentales del derecho y la moral, en las que subyace un mismo principio de discurso, se solapan en lo que a *contenidos* se refiere.

(3) Cualquiera sea la interpretación que se dé a la relación que Dworkin establece entre derecho y moral, su teoría de los derechos exige una comprensión deontológica de las pretensiones jurídicas de validez. Con ello Dworkin rompe el círculo en el que la hermenéutica jurídica queda atrapada con su recurso a *topoi* históricamente acreditados de un *ethos* recibido mediante tradición. Dworkin da al planteamiento hermenéutico un giro constructivista.

Partiendo de una crítica del positivismo jurídico, en especial de su tesis de neutralidad (*a*) y de la suposición de un sistema jurídico autónomamente cerrado (*b*), Dworkin desarrolla su idea metodológica de «interpretación constructiva» (*c*).

(*a*) En primer lugar Dworkin pone en duda la suposición de una legitimación del derecho mediante la mera legalidad del procedimiento de la producción del derecho. El discurso jurídico sólo es independiente de la moral y la política en el sentido de que también principios morales y objetivos políticos han de ser traducidos al lenguaje neutral del derecho y puestos así en conexión con el código que es el derecho. Pero tras esta unitariedad del código se oculta una compleja estructura del sentido de la validez del derecho legítimo, que explica por qué en caso de decisiones importantes se permite entren en el discurso jurídico, y se incluyan entre los argumentos jurídicos, razones de procedencia extralegal, es decir, convicciones de tipo pragmático, ético y moral.

Recurriendo a conocidos precedentes del derecho anglosajón y sobre todo del derecho americano, Dworkin analiza cómo los jueces hacen frente a situaciones jurídicas no bien definidas recurriendo sistemáticamente al trasfondo que representan objetivos políticos y principios morales. Elaborando jurídicamente esos argumentos concernientes a objetivos políticos y principios morales llegan a decisiones bien fundadas. Tales justificaciones externas son posibles porque el derecho vigente mismo incorpora ya contenidos teleológicos y principios morales, y sobre todo asimiló las razones que llevaron al legislador político a decidir. Y éstas, por así decir, pueden volver a salir a la luz en las decisiones de principio de los tribunales superiores. De todos modos, los argumentos concernientes a principio gozan en la práctica de las decisiones judiciales de primacía sobre los argumentos concernientes a objetivos: los argumentos concernientes a objetivos tienen su lugar genuino en el proceso de producción de normas, y es a través de él como llegan al discurso jurídico. La administración de justicia está cortada a la medida de la aplicación de normas jurídicas estabilizadoras de expectativas; y tiene en cuenta los objetivos del legislador a la luz de principios, pues los «argumentos concernientes a principios justifican una decisión política mostrando que la decisión toma en consideración o asegura un determinado derecho de un individuo o de un grupo»[17]. Naturalmente, también los objetivos políticos vienen por lo general fundados por principios y derechos; pero sólo los argumentos de principio orientados al sistema de los derechos pueden salvaguardar la inter-

17. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 148.

na conexión entre la decisión que se toma en un caso particular y la sustancia normativa del orden jurídico en conjunto.

(*b*) Después, recurriendo a la distinción entre «regla» y «principio», Dworkin explica la insuficiencia de esa concepción del derecho que Hart pone a la base de su tesis de la autonomía. Las *reglas* son normas concretas, determinadas ya pensando en su aplicación específica, como, por ejemplo, los preceptos relativos a forma en la redacción de los testamentos, mientras que los *principios* representan directivas jurídicas (como la dignidad humana, el trato igual, etc.) de tipo general, que siempre necesitan de interpretación. Tanto las reglas (normas), como esos postulados generales (principios), son mandatos (o prohibiciones, o permisiones), cuya validez deóntica expresa el carácter de una obligación. La distinción entre estos dos tipos de reglas no debe confundirse con la distinción entre normas y fines u objetivos. Los principios, lo mismo que las reglas, no tienen una estructura teleológica. Y no deben entenderse —en contra de lo que sugiere la apelación a la «ponderación de bienes» en las habituales *Methodenlehren* o «metodologías jurídicas»— como mandatos de optimización, pues con ello se desvanecería el sentido deontológico de su validez[18]. Las reglas y principios sirven por igual como argumentos en la fundamentación de decisiones, sin embargo les compete un papel distinto desde una perspectiva de lógica de la argumentación. Pues las reglas ofrecen siempre un componente condicional que especifica las condiciones de aplicación, las cuales condiciones representan rasgos típicos de situaciones, mientras que los principios, o bien se presentan con una pretensión de validez inespecífica, o, en lo que respecta a su ámbito de aplicación, sólo vienen restringidos por condiciones muy generales, y en todo caso necesitadas de interpretación. Ello explica la diferencia característica, que Dworkin subraya, en el comportamiento de reglas y principios en caso de colisión. Un conflicto entre reglas sólo puede resolverse, o bien introduciendo una cláusula de excepción, o bien declarando no válida una de las reglas en conflicto. Tal decisión todo-o-nada no es necesaria en caso de un conflicto entre pricipios. Ciertamente, goza de primacía el principio que en cada caso venga más a cuento, pero no por ello pierden su validez los principios desplazados por él. Según sea el caso sobre el que versa la decisión, un principio tendrá precedencia sobre otros principios. Entre principios se establece de caso a caso un orden transitivo distinto, sin que por ello se vea afectada su validez.

Pues bien, el positivismo llega a una falsa tesis de autonomía, porque entiende el derecho como un sistema cerrado de reglas que

18. Cf. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 81 ss. Para una crítica cf. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988, pp. 268 ss.

vienen ya determinadas pensando en su aplicación específica, las cuales harían menester en caso de colisión una decisión todo-o-nada, dejada a la discreción del juez. Y es sólo esta concepción *unidimensional* del derecho como un sistema de reglas exento de principios el que obliga a sacar la consecuencia de que las colisiones de reglas traen consigo una indeterminación de la situación jurídica, que sólo cabe eliminar ya en términos decisionistas. En cuanto se admiten principios, y se admite que cabe una justificación superior de las aplicaciones de normas, efectuada a la luz de principios, y se reconoce, por tanto, a los principios como ingredientes *normales* del discurso jurídico, desaparecen tanto el carácter cerrado del sistema jurídico, como la irresolubilidad de los conflictos entre reglas.

(*c*) Con el análisis del papel que los argumentos concernientes a principios y los argumentos concernientes a fines y objetivos desempeñan en la práctica de las decisiones judiciales, y con la puesta al descubierto de esa capa de normas de orden superior en el propio sistema jurídico, Dworkin aprehende ese nivel postradicional de fundamentación al que se ve remitido el derecho al volverse positivo. El derecho moderno, tras emanciparse de los fundamentos sacros y desligarse de los contextos religioso-metafísicos en los que el derecho anterior venía inserto, no se vuelve absolutamente contingente como el positivismo supone. Ni tampoco, como supone el realismo, queda a disposición de los objetivos de la dominación política, cual si se tratase de un medio que no tuviese ninguna estructura interna. Antes bien, el momento de no-disponibilidad o no-instrumentalizabilidad, que se afirma en el sentido deontológico de la validez de los derechos, remite a la dimensión de una obtención de decisiones, racional, regida por principios, siendo sólo una de esas decisiones la «decisión correcta». Pero como, a diferencia de lo que la hermenéutica jurídica supone, esos principios no pueden a su vez tomarse del contexto de tradiciones de una comunidad ética a título de *topoi* históricamente acreditados, la praxis de la interpretación necesita un punto de referencia que apunte más allá de las tradiciones jurídicas en las que se ha crecido. Ese punto de referencia que representa la razón práctica lo explica Dworkin, en lo que se refiere a *método*, recurriendo al procedimiento de la interpretación constructiva, y, en lo que se refiere a *contenido*, mediante el postulado de una teoría del derecho que efectúe en cada caso una reconstrucción racional del derecho vigente y lo traiga a concepto.

Lo mismo que en la historia de la ciencia, también en la historia institucional del sistema jurídico puede distinguirse entre aspectos internamente accesibles y aspectos externos. Desde la perspectiva interna, problemas que pueden reconstruirse paso a paso desde dentro arrojan una luz crítica sobre las argumentaciones con que histó-

ricamente nos encontramos: ello nos permite distinguir a la luz de nuestras evidencias contemporáneas entre tentativas infecundas y tentativas productivas, entre callejones sin salida y errores, por un lado, y procesos de aprendizaje y soluciones, por lo menos provisionales, por otro. Pero según sea el paradigma de que se parta, se abren a la retrospección líneas de reconstrucción distintas. La elección del paradigma no es, empero, arbitraria, sino que depende de la situación hermenéutica de partida, de la cual no podemos disponer a voluntad. La precomprensión paradigmática no es incorregible; en el propio proceso de interpretación queda sometida a comprobación y puede modificarse. Pero en último término, la concepción de que se parta en la reconstrucción, sea una concepción de la ciencia, sea una concepción del derecho, conserva una cierta fuerza prejuzgadora; no es neutral. De ahí que se la deba justificar teoréticamente mostrando cómo el modelo que esa concepción representa es el que mejor acierta con el «negocio» de la ciencia o el «negocio» del derecho.

Justo este sentido es el que tiene el modelo de Dworkin de un derecho positivo compuesto de reglas y principios, que a través de una administración discursiva de justicia asegura la «integridad» de las relaciones de reconocimiento recíproco que garantizan a cada miembro de la comunidad jurídica igual consideración y respeto. Con una referencia a mi crítica a Gadamer[19], Dworkin caracteriza su procedimiento crítico-hermenéutico como una «interpretación constructiva», que hace explícita la racionalidad del proceso de comprensión refiriéndolo a un paradigma o a un «propósito»: «En la interpretación constructiva se trata de imponer un propósito a un objeto o a una práctica en orden a hacer de ese objeto o de esa práctica el mejor ejemplo posible de la forma o género al que se supone pertenece... Diremos entonces que toda interpretación aspira a convertir un objeto en lo mejor que ese objeto puede ser, como ejemplo de alguna empresa supuesta, y que la interpretación toma formas diferentes en diferentes contextos sólo porque diferentes empresas implican estándares diferentes de valor o de éxito»[20]. Con ayuda de tal procedimiento de interpretación constructiva[21] todo juez habría de ser por principio capaz de llegar en todos los casos a una decisión idealmente

19. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa* I, Madrid 1987, pp. 182-189; cf. también J. Habermas, *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, 1988, pp. 277 ss.

20. R. Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass., 1986, pp. 52 s.; y también la nota 2 de la p. 419.

21. Entre los pocos trabajos que ponen en relación el concepto dworkiano de interpretación con la discusión europea, y en especial con las concepciones de Gadamer, Derrida y con la mía, está el de D. C. Hoy, «Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives»: *Southern California Law Review* 58 (1985), pp. 135-176; Id., «Dworkin's Constructive Optimism vs. Deconstructive Legal Nihilism»: *Law and Philosophy* 6 (1987), pp. 321-356.

válida compensando la supuesta «indeterminación del derecho» por vía de buscar la fundamentación de su sentencia en una «teoría». Esta teoría tendría la finalidad de reconstruir el orden jurídico dado en cada caso, de modo que el derecho vigente pudiera mostrarse como justificado a partir de un conjunto ordenado de principios y, por tanto, pudiera mostrarse como una encarnación más o menos ejemplar del derecho en general[22].

II

La solución del problema de cómo la praxis de las decisiones judiciales puede satisfacer al principio de seguridad jurídica y simultáneamente a la pretensión de legitimidad del derecho, Dworkin la espera de una exigente teoría que, especialmente en los casos difíciles, permitiese fundamentar las decisiones particulares a partir del contexto coherente del derecho vigente racionalmente reconstruido. La coherencia es una medida de la validez de un enunciado, que es más débil que la verdad analítica asegurada mediante deducción lógica, pero más fuerte que el criterio de ausencia de contradicción. La coherencia entre enunciados se establece mediante argumentos sustanciales (en el sentido de Toulmin), es decir, mediante razones que ofrecen la propiedad pragmática de producir entre los participantes en la argumentación un acuerdo racionalmente motivado[23].

En el discurso jurídico desempeñan típicamente un papel argumentos normativos que en caso de colisiones de reglas justifican a la luz de principios la elección de la norma adecuada en cada caso. Pero Dworkin se interesa también por estos principios porque poseen un reconocible contenido deontológico que los sustrae a la contingencia de que se los pueda establecer o derogar a voluntad. Cuando, por ejemplo, se interpretan y desarrollan derechos fundamentales o principios del Estado de derecho, o inmigran al derecho otros contenidos morales «recibiendo así el apoyo que representa su proclamación oficial mediante instituciones jurídicas», un cambio de tales preceptos jurídicos no puede tocar su contenido normativo. «Apenas tiene sentido hablar de que principios de este tipo puedan "rechazarse" o "suprimirse"»[24]. Ciertamente, los principios no deben ser ontologizados ni convertidos en algo así como hechos morales; pero merced a su fuerza deontológica de justificación ocupan una posición en lo

22. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, pp. 118 ss.; cf. Id., *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., 1985, 2.ª parte.

23. St. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge, 1964; St. Toulmin, R. Rieke, A. Janik, *An Introduction to Reasoning*, New York, 1979.

24. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, pp. 77 ss.

que a lógica de la argumentación se refiere, que explica por qué los medios de fundamentación disponibles en el propio discurso jurídico bastan para ir más allá de las justificaciones internas y fundamentar las premisas mismas[25].

Según Dworkin, los principios del derecho, y los objetivos políticos que, en consonancia a su vez con esos principios, el legislador establece, suministran los medios argumentativos para reconstruir la masa del derecho vigente hasta que pueda considerárselo normativamente justificado. Dworkin exige la construcción de una teoría del derecho, no de una teoría de la justicia. La tarea no consiste en la construcción filosófica de un orden social fundado a partir de principios de justicia, sino en buscar y *hallar* principios y objetivos válidos desde los que un orden jurídico *concreto* pueda quedar justificado en sus elementos esenciales, de suerte que todas las decisiones judiciales particulares puedan acoplársele y ajustársele como ingredientes coherentes. A la altura de esta tarea ideal, y Dworkin lo sabe, sólo estaría un juez cuyas facultades intelectuales pudiesen medirse con las fuerzas físicas de Hércules. El «juez Hércules» dispone de dos ingredientes de un saber ideal: conoce todos los principios válidos y todos los fines y objetivos que son menester para la justificación; al mismo tiempo tiene una perfecta visión de conjunto de la densa red de elementos enlazados por hilos argumentativos, de que consta el derecho vigente con el que se encuentra. Ambos componentes ponen límites a la construcción de la teoría. El espacio que Hércules se encarga de llenar con su sobrehumana capacidad argumentativa, viene, por un lado, definido por la posibilidad de introducir variaciones en las jerarquías de principios y objetivos, y, por otro, por la necesidad de enfocar críticamente la masa del derecho positivo y corregir «errores». Pues lo que Hércules se propone es descubrir aquel conjunto coherente de principios mediante el que la historia institucional del sistema jurídico con que nos encontramos «pueda quedar justificada en los términos en que la *fairness* lo exige».

Pero en tales términos sólo se dejaría justificar íntegramente un sistema jurídico justo, que fuese resultado de un proceso continuo de aprendizaje: «Hércules habría de extender, por tanto, su teoría a cada caso en términos tales... que una justificación de la historia institucional pudiese mostrar una determinada parte de esa historia como descansando sobre errores»[26]. Por otro lado, Hércules no debe equi-

25. «Con lo cual sólo pretendo decir que una institución social como la esclavitud podría ser injusta no porque la gente piense que es injusta o porque tenga convenciones conforme a las cuales sea injusta... sino simplemente porque la esclavitud es injusta. Si existen tales hechos morales, entonces cabe suponer racionalmente que una preposición jurídica es verdadera aun cuando los juristas continúen disintiendo sobre la proposición después de conocer o estipular todos los hechos duros» (R. Dworkin, *Los derechos en serio*, p. 196).

26. *Ibid.*, p. 193.

parar el papel del teórico que *re*construye el derecho vigente, con el de un legislador que *construye* ese derecho. Y no todos los elementos de un orden jurídico tienen el mismo grado de obligatoriedad o fuerza vinculante; y en este aspecto resultan accesibles a una evaluación sondeadora y correctora en medidas diversas. Desde la Constitución considerada como marco, pasando por las diversas normas constitucionales, por las leyes simples y por los derechos consuetudinarios, hasta las decisiones de principio, los comentarios y otras fuentes del derecho, aumenta la contingencia de los contextos de nacimiento y con ello el ámbito para una distinta apreciación o estimación retrospectivas. Dworkin discute convincentemente los puntos de vista bajo los que, por ejemplo, los precedentes cobran pesos distintos para las decisiones actuales, de suerte que Hércules «puede dejar de lado una determinada parte de la historia institucional»[27]. Tal teoría del derecho que procede reconstructivamente ha de ser suficientemente selectiva como para permitir en cada caso una y sólo una decisión correcta que diga qué pretensiones puede hacer valer cada una de las partes en el marco del orden jurídico vigente, lo cual significa: qué derechos asisten a cada una de las partes. La teoría del juez Hércules reconcilia las decisiones racionalmente reconstruidas del pasado con la pretensión de aceptabilidad racional en el presente, reconcilia la historia con la justicia. Esa teoría disuelve la «tensión entre la originalidad del juez y la historia institucional... los jueces han de emitir fallos nuevos sobre las pretensiones de partes que se presentan ante ellos, pero estos derechos políticos no se oponen a las decisiones políticas del pasado, sino que las reflejan»[28].

(2) Sobre el postulado que representa tal teoría del derecho que habría de poner en consonancia a la positividad del orden jurídico con la legitimidad de pretensiones accionables judicialmente y por tanto elaborar productivamente esa tensión entre facticidad y validez que se produce en la propia validez jurídica, se extiende la larga sombra de fuertes idealizaciones. La teoría exige nada menos que un Hércules; esta irónica atribución no pretende disimular en absoluto las exigencias ideales a las que la teoría ha de satisfacer. De ahí que la propuesta de Dworkin haya provocado también una ramificada controversia. Ésta gira en torno a la cuestión de si podemos entender esas exigencias ideales como expresión de una idea regulativa por la que los jueces tienen que orientarse si quieren estar a la altura de, y hacer justicia a, el *telos* inscrito en toda la moderna administración de justicia, o de si, al prestar oídos a tales exigencias, no estarán orientando el proceso de la decisión judicial por un falso ideal.

27. *Ibid.*, p. 190.

28. *Ibid.*, p. 154.

(*a*) El llamado Critical Legal Studies Movement (CLS) hace suya buena parte de los planteamientos del *Legal Realism*, pero las investigaciones conducentes a una crítica del derecho no las hace desde la perspectiva de un supuesto observador sociológico, sino que las efectúa, al igual que Dworkin, desde la perspectiva de participante del propio juez[29]. Los realistas habían hecho tambalearse tres dogmas de la teoría del derecho: la suposición de que existen derechos; la suposición de que los casos actuales pueden decidirse consistentemente de acuerdo con el derecho vigente; y con ello también el supuesto central de que los fallos de los tribunales son por lo general racionales, es decir, vienen suficientemente determinados por las leyes vigentes, los prejuicios, la doctrina dominante, etc. La teoría del derecho de Dworkin hace de estos tres supuestos una lectura constructivista que ofrece menos flancos a la crítica. El sentido deontológico de derechos sobre los que no puede disponerse a voluntad, manifiéstase en que frente a los objetivos políticos y a los bienes colectivos esos derechos representan, por así decir, «pesos-umbral». Pero en su calidad de tales sólo pueden destilarse en su pureza y apelarse a ellos en argumentaciones guiadas por una teoría del derecho en sentido de Dworkin. Y en tal reconstrucción algunos elementos del derecho vigente, en especial decisiones que las instancias supremas tomaron en el pasado, pueden revelarse retrospectivamente como errores. Sólo un derecho positivo justificado a partir de principios permite decisiones correctas y, por cierto, una sola para cada caso. Pero desde el punto de vista del CLS es precisamente este recurso a un trasfondo teorético el que hace que las críticas realistas sigan conservando hoy validez contra este renovado racionalismo.

Como los jueces, en tanto que seres de carne y hueso, están muy por debajo de la figura ideal de Hércules, la recomendación de regirse en el trabajo diario por esa figura no viene en realidad a satisfacer a otra cosa que a un deseo de ver confirmada una toma de decisiones que viene determinada por intereses, actitud política, preocupaciones ideológicas u otros factores externos. Los jueces seleccionan principios y objetivos y construyen a partir de ellos sus propias teorías personales con las que poder racionalizar sus decisiones, «racionalizarlas», es decir, tratar de ocultar los prejuicios con los que compensan la indeterminación objetiva del derecho[30].

29. R. M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass., 1986; D. M. Trubek y J. P. Esser, «Critical Empiricism and American Critical Legal Studies», en Ch. Joerges y D. M. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, 1989; G. Minda, «The Jurisprudential Movements of the 1980s»: *Ohio State Law Journal* 50 (1989), pp. 599-662; J. Boyle, «The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought»: *Pennsylvania Law Review* 133 (1985), pp. 685-780.

30. A. Altman, «Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin»: *Philosophy and Public Affairs* 15 (1986), pp. 202-235.

A ello podría responder Dworkin haciendo explícita y desarrollando una premisa que quedó más o menos en el trasfondo. En la medida en que los críticos, recurriendo a convincentes análisis de casos particulares, pueden efectivamente demostrar que las decisiones de los tribunales pueden más bien explicarse en virtud de factores extralegales que en virtud de la propia situación jurídica, los hechos hablan contra la praxis vigente. Pero la indeterminación interna del derecho no es resultado, como los críticos suponen, de la estructura del derecho mismo, sino, por un lado, del fracaso de los jueces a la hora de desarrollar la mejor teoría posible, y, por otro, de la historia institucional de un orden jurídico que en mayor o menor grado se sustrae a una reconstrucción racional. La interpretación constructiva sólo puede tener buen suceso en la medida en que en la historia de la que un determinado orden jurídico ha surgido se haya sedimentado algo de «razón existente», por fragmentaria que sea la manera como ello haya podido ocurrir. Como americano, Dworkin tiene a sus espaldas un desarrollo constitucional continuo de más de dos siglos; como liberal se inclina más bien a una apreciación optimista y, por tanto, en el desarrollo jurídico americano descubre predominantemente procesos de aprendizaje. Quien no comparta esa confianza o pertenezca a un contexto distinto en lo tocante a historia política e historia del derecho, no por eso necesita abjurar de la idea regulativa encarnada en Hércules, al menos mientras en el derecho vigente pueda encontrar puntos históricos de apoyo para una reconstrucción racional.

Con el concepto de «integridad» Dworkin trata de explicar que *todos* los órdenes jurídicos modernos remiten a la idea de Estado de derecho y, por tanto, aseguran a la hermenéutica crítica un inamovible punto de referencia incluso en aquellos casos en que la razón práctica ha dejado huellas más bien débiles en la historia institucional. Con el principio de «integridad» Dworkin caracteriza el ideal político de una comunidad que sus miembros entienden como una asociación de iguales y libres y en la que recíprocamente se reconocen como tales. Se trata de un principio, que tanto a los ciudadanos como a los órganos de producción de normas y de administración de justicia los obliga a hacer realidad en las prácticas e instituciones sociales la norma básica de igual consideración a todos e igual respeto a todos: «El modelo que representa el principio de integridad insiste en que los individuos sólo son miembros de una comunidad política cuando aceptan que sus destinos están ligados del modo siguiente, que, por cierto, es bien fuerte: aceptan que vienen gobernados por principios comunes, y no sólo por normas forjadas en compromisos políticos»[31]. Cuando se funda una comunidad política como

31. R. Dworkin, *Law's Empire*, p. 211.

tal, el acto constituyente que esa fundación representa, significa que los ciudadanos se atribuyen y reconocen mutuamente un sistema de derechos que les asegura autonomía privada y autonomía pública. Al mismo tiempo se supone que se exigen mutuamente la participación común en un proceso político, que Dworkin describe así: «Es el teatro de debate acerca de qué principios la comunidad debería aceptar como sistema». En las exigencias ideales a que se ve sujeta una administración de justicia que ha de venir guiada por una teoría se refleja la idea regulativa que el juez encuentra en la Constitución del país (o en sus equivalentes): «Una asociación de principio no es automáticamente una comunidad justa; su concepción de la igual consideración a todos puede ser defectuosa o puede vulnerar derechos de sus ciudadanos o de los ciudadanos de otras naciones... Pero el modelo atenido al principio de "integridad" satisface a la condición de una verdadera comunidad mejor que cualquier otro modelo de comunidad que pudiesen adoptar personas que disintiesen acerca de la justicia y la *fairness*»[32].

Pero con esta respuesta a una primera ronda de críticas las idealizaciones inscritas en la teoría de Hércules se hacen derivar de una idea regulativa que no está cortada directamente a la medida de los problemas de racionalidad con que ha de pelear la administración de justicia, sino que brota de una autocomprensión normativa de los órdenes del Estado de derecho, inscrita en la propia realidad constitucional. La obligación del juez de decidir el caso particular a la luz de una teoría que justifique al Derecho en conjunto a partir de principios, es reflejo de la obligación *previa*, testificada por el acto fundacional que representa el darse una Constitución, que los ciudadanos tienen de proteger la integridad de su convivencia orientándose por principios de justicia y respetándose mutuamente como miembros de una asociación de iguales y libres. Ahora bien, este ideal político mismo podría no ser sino expresión de una falsa idealización. La praxis constitucional estaría engañándose sobre sí misma con la grave consecuencia de gravar a las instituciones con tareas que no pueden cumplirse.

(*b*) En la siguiente ronda los críticos tratan de demostrar que Dworkin exige a su Hércules un programa *impracticable*. Por ejemplo, en un conocido análisis de un caso particular Duncan Kennedy trata de mostrar que la evolución americana del derecho privado y de la jurisprudencia de derecho privado gira en torno a dos principios incompatibles. Por un lado, parece imponerse el principio de la autonomía individual de contrato y con ello la visión liberal de la sociedad como de una competencia entre personas privadas que actúan de modo racional con arreglo a fines; pero, por otro, parece imponerse también el principio de la protección de la confianza en una relación contractual que obliga recíprocamente, y, por tanto, una visión contraria, a saber, la de una asociación que descansa en la mutua consideración y solidaridad[33]. Destacados miembros del movimiento de los CLS generalizan el resultado de esta y otras investigaciones convirtiéndolo en la tesis de que el derecho vigente está lleno de principios y objetivos contrapuestos; y por tanto toda tentativa de reconstrucción racional estaría condenada al fracaso: «En última instancia la tesis de la indeterminación radical viene a decir que el derecho como sistema de reglas tiene una estructura desde la que no puede haber ninguna toma de decisiones, por idealizada que se la suponga, que garantice un trato igual, es decir, que garantice la justicia»[34].

32. *Ibid.*, pp. 231 s.

A esta objeción Dworkin sólo responde con la sumaria observación de que los críticos pasan por alto la decisiva diferencia entre principios que entran en colisión en el caso particular y principios que mutuamente se contradicen; pues si no, se habrían percatado de que los esfuerzos teoréticos de Hércules se inician precisamente en el punto en que los críticos cierran sus investigaciones históricas prematuramente generalizadas, con conclusiones escépticas en lo tocante al derecho[35]. Klaus Günther ha precisado esta observación apoyándola en una distinción entre «discursos de fundamentación» y «discursos de aplicación», articulada en términos de lógica de la argumentación.

Si se parte de que en los casos que hoy resultan típicos en la administración de justicia, no sólo entran en juego reglas específicamente dispuestas ya para su aplicación, sino también principios, es fácil mostrar por qué es altamente probable que se presenten casos de colisión, sin que ello delate, empero, ninguna incoherencia profunda en el sistema jurídico mismo. Salvo aquellas normas que en su componente condicional especifican hasta tal punto las condiciones de aplicación, que sólo pueden aplicarse a unas cuantas situaciones estándar altamente tipificadas y muy bien circunscritas (y que en efecto se pueden aplicar sin dificultades hermenéuticas), *todas* las demás normas vigentes son, por así decir, *de por sí* indeterminadas. Una excepción la constituyen las normas que Dworkin denomina «reglas» y que en los casos de colisión exigen una decisión en términos de todo-o-nada. La coherencia de un sistema jurídico queda de hecho en peligro si reglas de *este* tipo, que pueden entrar de tal

33. D. Kennedy, «Form and Substance in Private Law Adjucation»: *Harvard Law Review* 89 (1976), pp. 168 ss.
34. G. Frankenberg, «Der Ernst im Recht»: *Kritische Justiz* 20 (1987), p. 304; Frankenberg da también información bibliográfica.
35. R. Dworkin, *Law's Empire*, pp. 271-275.

forma en conflicto, prevén para el mismo caso de aplicación preceptos contradictorios pero que pretenden validez por igual. Todas las demás normas —y esto no vale sólo para los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho, a cuya luz puede justificarse el sistema jurídico en conjunto— permanecen indeterminadas en lo tocante a sus referencias a la situación y han menester de un desarrollo y especificación adicionales de esas referencias y relaciones en el caso particular. Todas las normas sólo son aplicables *prima facie*, de manera que en un discurso aplicativo habrá que examinar, y es precisamente en tal tipo de discurso donde hay que proceder a examinar, si pueden tener aplicación a una situación que aún no pudo preverse en el proceso de fundamentación, o si, sin perjuicio de su validez, han de pasar a un segundo plano frente a otra norma, a saber, frente a la norma que para el caso de que se trata resulte la adecuada. Sólo cuando resulta que una norma válida es también la única norma adecuada en el caso pendiente de decisión, funda esa norma un juicio singular que puede pretender ser correcto. Que una norma valga *prima facie* sólo significa que ha sido *fundada* o justificada con imparcialidad; pero sólo su *aplicación* imparcial puede conducir a la decisión válida de un caso. La validez de las normas no garantiza todavía que se sea justo en el caso particular.

La aplicación imparcial de una norma llena los huecos que hubieron de quedar en su proceso de fundamentación imparcial, normalmente a causa de la imprevisibilidad de situaciones futuras[36]. En los discursos de aplicación no se trata de la validez, sino de la *adecuada referencia* de una norma a, o de la adecuada relación de una norma con, una situación concreta. Como cada norma sólo aprehende unos determinados aspectos de un caso concreto situado en un mundo de la vida, hay que examinar qué descripciones de estados de cosas son las relevantes a la hora de interpretar un caso de litigio con fidelidad a la situación en que ese caso se halle inserto, y cuál de las normas válidas *prima facie* resulta adecuada a la situación aprehendida de la manera más completa posible en todos sus contenidos objetivos relevantes: «Y a este propósito es ocioso preguntar si los participantes en el discurso han de contar antes con una descripción completa de la situación y sólo después con el conjunto de todas las normas aplicables *prima facie*, o si la descripción de la situación sólo se muestra a la luz de una precomprensión de las normas que resulta posible aplicar... Con qué normas puede colisionar en una situación de aplicación una norma aplicable *prima facie*, sólo pueden saberlo los participantes cuando han referido todos los rasgos relevantes de una descripción de la situación a las normas aplicables»[37]. El proceso hermenéutico de aplicación de una norma puede entenderse como un entrelazamiento de descripción de la situación y concretización de la norma general; lo que en última instancia decide es la equivalencia semántica entre la descripción del estado de cosas, la cual descripción es ingrediente de la interpretación de la situación, y la descripción del estado de cosas que viene establecida en el componente descriptivo de la norma, es decir, en la condición de su aplicación. K. Günther reduce todo este complejo contexto a la abarcable y manejable fórmula de que la justificación de un juicio singular ha de apoyarse en el conjunto de todas las razones normativas susceptibles de poder considerarse, que resulten relevantes en virtud de una interpretación completa de la situación[38].

Si de la «colisión» de las normas sopesadas en el proceso de interpretación se quisiese inferir una «contradicción» en el propio sistema normativo, ello sería confundir la «validez» de una norma a la que suponemos justificada en su aspecto de fundamentación, con la «adecuación» de una norma, «adecuación» que es lo que ha de someterse a examen en el discurso aplicativo. De la indeterminación de las normas válidas, explicable en términos de lógica de la argumentación, síguese más bien el buen sentido metodológico de una competición entre normas que *prima facie* son candidatas a ser aplicadas en un caso concreto: «La colisión de normas no puede reconstruirse como un conflicto de pretensiones de validez porque las normas que colisionan entre sí o las variantes semánticas o de interpretación que entre sí compiten, sólo en una situación concreta entran en una relación determinada entre sí. Precisamente los discursos de fundamentación han de abstraer de esa propiedad del problema de colisión, que consiste en su dependencia de la situación... Qué otras normas o variantes interpretativas de esas normas, es posible aplicar, es algo que sólo sabemos en la situación de cada caso»[39].

36. K. Günther, «Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation»: *Rechtstheorie* 20 (1989), p. 168: «Que no tenemos en cuenta cada situación de aplicación cuando reconocemos una norma como válida muéstrase ya con claridad en el propio uso que en el lenguaje ordinario hacemos de ese predicado. Lo atribuimos también a aquellas normas de las que sabemos que en algunas situaciones pueden entrar en colisión con otros intereses generalizables. Así, sabemos por ejemplo (y podríamos también preverlo sin más en un discurso sobre la validez de la norma correspondiente) que la norma "hay que cumplir las promesas" puede entrar en colisión en algunas situaciones con la norma "ayuda a tu prójimo cuando está en necesidad"... Pese a la previsible posibilidad de su colisión tenemos a ambos mandatos por válidos y sería curioso que un discurso sobre la validez de una de esas normas llegase al resultado contrario a causa de esa posibilidad de colisión». Cf. también J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 137 ss.

37. *Ibid.*, p. 175.

38. K. Günther, «Universalistische Normbegründung und Normanwendung», en M. Herberger *et al.* (eds.), «Generalisierung und Individualsierung im Rechtsdenken»: *ARSP*, Beiheft 45 (1991).

39. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988, p. 300.

(*c*) Con la elegante propuesta de Günther se desplaza, sin embargo, el sentido de esa coherencia del sistema jurídico, que hay que mostrar o justificar *idealiter*. Ciertamente, la postulada «teoría» del derecho sigue teniendo la tarea de reconstruir el derecho vigente en términos racionales, de suerte que éste permita exactamente una sola solución correcta para cada situación de aplicación. Pero ahora la teoría sólo tiene como ingredientes un *flexible* conjunto de principios y objetivos que sólo en cada discurso aplicativo, y ello de forma referida al caso de que se trate, han de ser puestos en un orden transitivo. Las relaciones que entre sí guardan las normas válidas *cambian* en función de la constelación de rasgos relevantes de un caso pendiente de decisión. De esta forma la indeterminación que la norma válida, pero aplicable sólo *prima facie*, debe a la división del trabajo entre fundamentación y aplicación, se refleja en los grados de libertad de un conjunto móvil de principios que sólo puede disponerse en un determinado entramado o plexo de mutuas relaciones una vez que quede unívocamente fijada la relación o referencia de la norma adecuada con, o a, la situación: «Si toda norma válida se ve remitida a quedar coherentemente complementada por todas las demás normas aplicables en una situación, su significado cambia en cada situación. Y de este modo nos volvemos dependientes de la historia, pues es ésta la que produce las situaciones imprevisibles que nos obligan a una interpretación en cada caso *distinta* del conjunto de todas las normas válidas»[40].

Manifiestamente, la teoría coherencial del derecho sólo puede evitar la indeterminación que supuestamente se seguiría de la estructura contradictoria del derecho vigente, a costa de un convertirse en indeterminada la teoría misma. Pero, ¿podría tal teoría guiar una práctica de toma de decisiones, que garantizase la seguridad jurídica? Ya contra la versión que Dworkin da a la teoría coherencial se ha objetado que una reconstrucción racional de decisiones pasadas exigiría caso a caso una revisión de las decisiones pasadas, lo cual vendría a parar en una interpretación retroactiva del derecho vigente. Pero este «argumento del efecto onda»[41] afecta sobre todo a la interpretación que da Günther de la teoría coherencial de Dworkin, es decir, al «movimiento ondulatorio» en que el sistema de reglas se ve expuesto caso a caso por cada ulterior interpretación coherente. Los aspectos novedosos o sorprendentes que ofrece cada nuevo caso que se presente parecen, pues, arrastrar a la teoría misma a la vorágine

40. K. Günther, «Ein normativer Begriff der Kohärenz»: *Rechtstheorie* 20 (1989), p. 182.

41. K. J. Kress, «Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkins Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions»: *University of California Law Review* 72 (1984), pp. 369-402.

de la historia. La objeción salta a la vista. El legislador político tiene que ser capaz de reaccionar adaptándose a los procesos históricos, si bien, para lo que está el derecho, es precisamente para erigir diques de expectativas estables de comportamiento contra la presión que ejercen la variación y mudanza históricas.

Una primera respuesta a esta objeción podría consistir en problematizar el concepto de seguridad jurídica. Un sistema jurídico que, a diferencia de lo que se supone la imagen positivista, no solamente consta de «reglas», es decir, de normas que *a fortiori* lleven incrustrados los correspondientes procedimientos de aplicación, no puede garantizar la predictibilidad de las decisiones judiciales en el mismo grado en que la garantizan los programas condicionales. La concepción clásica de la seguridad jurídica, cuyas implicaciones racionales analizó, por ejemplo, Lon Fuller[42], exige una estructura de regla, a la que un sistema jurídico complejo y autorreferencial, construido de reglas, principios y objetivos, no puede ya satisfacer. La seguridad jurídica, que descansa en el reconocimiento de expectativas de comportamiento unívocamente condicionadas, representa, por tanto, ella misma un principio que en cada caso ha de sopesarse contra otros principios. La postulada teoría del derecho posibilita a cambio de ello decisiones correctas (para cada caso la «única solución correcta») que garantizan la seguridad jurídica *en un plano distinto*. Los derechos procedimentales garantizan a toda persona jurídica la pretensión a un procedimiento *fair*, el cual no garantiza seguridad de resultado, pero sí la clarificación discursiva de todas las cuestiones de hecho y de derecho que resulten pertinentes. Así, los afectados pueden contar con que en el procedimiento no resulten decisorias para el fallo del juez cualesquiera razones, sino sólo razones relevantes. Si consideramos el derecho vigente como un sistema normativo idealmente coherente, esta seguridad jurídica dependiente del procedimiento puede satisfacer las expectativas de una comunidad jurídica preocupada por su integridad, orientada por principios, de suerte que a cada uno le queden garantizados los derechos que le asisten.

Una respuesta de más alcance al problema de la retroactividad es la contenida en la siguiente propuesta[43]. Si la decisión de un caso a la luz de una norma que haya de primar sobre las demás, significa que de un sistema de normas válidas ha de hacerse un uso óptimo atendiendo a todas las circunstancias relevantes; y si ese sistema se halla

42. R. S. Summers, *Lon Fuller*, Standford, 1984, pp. 27 ss. y 36 ss.

43. Prescindo en este contexto de propuestas institucionales conforme a las que la prohibición de efecto retroactivo en el derecho penal habría de hacerse extensivo a cambios en la jurisprudencia que pudiesen resultar *desventajosos*. Cf. U. Neumann, «Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?»: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 103 (1991), pp. 331-356.

en constante movimiento porque tales relaciones de primacía entre normas pueden cambiar con cada nueva situación que se presente, entonces la orientación por tan exigente ideal acabaría desbordando incluso a la administración de justicia más profesionalizada. De ahí que la complejidad de esta tarea venga de hecho reducida por la *comprensión paradigmática del derecho* dominante en cada caso. El lugar del ideal lo ocupan paradigmas «en los que las normas que aquí y ahora tenemos por válidas han sido puestas ya en un orden transitivo. Y como tal orden no es construible sin referencia a posibles situaciones de aplicación, esos paradigmas contienen descripciones generalizadas de situaciones de un determinado tipo. Habitualmente recurrimos a tales ordenaciones, sistematizadas con más o menos fuerza, cuando solucionamos casos de colisión típicos o expectables. Esas ordenaciones constituyen un contexto de fondo en el que en cada caso quedan insertas nuestras apreciaciones de la situación y los correspondientes juicios morales *prima facie*. Junto con el resto del saber cultural de orientación, estos paradigmas pertenecen a la forma de vida en la que nos encontramos en cada caso»[44]. Ejemplos históricos de tales ideologías jurídicas son los modelos sociales que representan el derecho formal burgués y el derecho materializado en términos de Estado social, el primero de los cuales cristaliza en torno a los derechos subjetivos de personas privadas que participan en el mercado, y el segundo en torno a los derechos a prestaciones sociales, de que son portadores los «clientes» de las burocracias del Estado social. Tales paradigmas descargan a Hércules de la supercompleja tarea de poner en relación con los rasgos relevantes de una situación aprehendida de la forma más completa posible todo un desordenado conjunto de principios aplicables sólo *prima facie*, y ello a simple vista y sin más mediaciones. Pues entonces también para las partes será pronosticable el resultado, en la medida en que el correspondiente paradigma determine una comprensión de fondo que los expertos en derecho *comparten* con todos los demás miembros de la comunidad jurídica.

Sin embargo, no deja de ser paradójico que el elemento que aumenta la seguridad jurídica sea precisamente el que, si bien por un lado aminora las exigencias ideales a la teoría del derecho, por otro resulta extremadamente proclive a verse inficionado de ideología. Los paradigmas se consolidan formando ideologías en la medida en que se cierran sistemáticamente contra todas las nuevas interpretaciones de la situación, y contra otras posibles interpretaciones pertinentes de los derechos y principios, efectuadas a la luz de nuevas experiencias históricas. Ejemplos de ello habrán de ocuparnos todavía. Paradigmas «cerrados», que a través de monopolios profesionales o jurisprudencialmente institucionalizados de interpretación se estabilizan ellos mismos y sólo pueden ya revisarse internamente, es decir, recurriendo a sus propios criterios, se exponen además a una objeción metodológica mediante la que vuelve a hacerse valer el escepticismo del realismo jurídico: al contrario de lo que supone la exigencia de coherencia ideal del derecho vigente, la interpretación coherente de un caso dentro de un paradigma jurídico *fijo* permanece esencialmente infradeterminada; pues tal interpretación ha de competir con otras interpretaciones asimismo coherentes del mismo caso en paradigmas jurídicos alternativos. Ya por esta razón habrá de ser una *comprensión procedimentalista del derecho* la que señale el nivel o plano en el que los paradigmas jurídicos, convertidos en reflexivos, se abran los unos a los otros y puedan acreditarse en la diversidad, movilizada en cada caso, que representan las distintas interpretaciones posibles de la situación. Volveré sobre esto en el último capítulo.

44. K. Günther, «Ein normativer Begriff der Kohärenz», p. 182; sobre ello: J. Habermas, «Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter»: *Kritische Justiz* 22 (1989), pp. 138-156.

III

(1) Las objeciones discutidas hasta aquí contra el sentido y practicabilidad de una teoría ideal del derecho la cual habría de posibilitar la mejor interpretación judicial posible de los derechos y deberes, de la historia institucional y de la estructura política de una comunidad constituida en términos de Estado de derecho, han partido de la premisa de que dicha teoría tiene un único autor, a saber, el juez de cada caso, que, por tanto, no ha tenido más remedio que elegirse a Hércules como modelo. Ya las respuestas que Dworkin da, o podría dar, a sus críticos, suscitan dudas acerca de la sostenibilidad de ese planteamiento *monológico*. Pues el punto de vista de la *integridad*, desde el que el juez reconstruye racionalmente el derecho vigente, es expresión de una idea de Estado de derecho que la administración de justicia, junto con el legislador político, se *limitan* a tomar del acto fundacional que representa la Constitución y la praxis de los ciudadanos implicados en el proceso constitucional. Dworkin oscila entre la perspectiva de los ciudadanos, desde la que se legitiman los deberes del juez, y la perspectiva de un juez que pretende un privilegio de conocimiento y que al cabo no puede estribar sino sobre sí mismo cuando su interpretación ha de desviarse de todas las demás interpretaciones: «Pedimos a nuestras autoridades que nos traten como a personas ligadas unas con otras en una asociación de principio, y lo deseamos por razones que no dependen de una identidad de convicción entre esas autoridades... Nuestras razones persisten cuando los jueces están en desacuerdo, por lo menos en detalles, porque aun

entonces cada juez confirma y refuerza el carácter de principio de nuestra asociación al aspirar, pese al desacuerdo, a *alcanzar su propia* opinión»[45]. Estos enunciados presuponen que el juez, tanto en virtud de sus conocimientos y habilidades profesionales, como merced a sus virtudes personales, está especialmente cualificado para asegurar, en sustitución y representación de los ciudadanos, la integridad de la comunidad jurídica. Y sólo porque cada uno de los jueces está subjetivamente convencido de poder llegar en virtud de sus teorías a la «única» solución «correcta», puede la práctica de la administración de justicia asegurar la «sociación» autónoma de ciudadanos orientados por principios: «El juez representa integridad —autogobierno— a la comunidad, no de la comunidad...»[46].

Pero precisamente el punto de vista de la integridad debería liberar a Hércules de la soledad de una construcción monológica de la teoría. Pues al igual que Parsons, Dworkin entiende el derecho como medio de integración social, y, por cierto, como un medio que permite mantener la autocomprensión de una comunidad solidaria, aun cuando sea en forma altamente abstracta. Esas relaciones de reconocimiento recíproco que en las formas de vida concreta se establecen a través de la acción comunicativa, en las sociedades complejas sólo cabe generalizarlas en términos abstractos a través del derecho: «He dicho que una comunidad de principios, que considera la integridad como elemento central de su política... asimila las obligaciones políticas a la clase general de obligaciones asociativas... Un compromiso general por la integridad expresa una preocupación de cada uno por todos...»[47]. Pero como mecanismo para la ampliación de relaciones concretas de reconocimiento y para la conversión de ellas en relaciones de reconocimiento recíproco articuladas en la forma abstracta de derecho, sirve la forma de reflexión de la acción comunicativa, a saber, la práctica de la argumentación que exige de todos los participantes asumir las perspectivas de todos los demás. De este núcleo procedimental del principio de integridad jurídicamente asegurada se percata el propio Dworkin cuando ve fundado el igual derecho a libertades subjetivas de acción en el derecho a iguales libertades comunicativas[48]. Pues esto sugiere como consecuencia el anclar las exigencias ideales a la teoría del derecho en el ideal político de una «sociedad abierta de intérpretes de la Constitución»[49] en vez de en el ideal

45. R. Dworkin, *Law's Empire*, p. 264 (el subrayado es mío).

46. F. Michelman, «The Supreme Court 1985 Term, Foreword: Traces of Selfgovernment»: *Harvard Law Review* 100 (1986), pp. 72 s.

47. R. Dworkin, *Law's Empire*, p. 216.

48. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, pp. 395 ss.; cf. también K. Günther, *Der Sinn der Angemessenheit*, pp. 351 ss.

49. Cf. el artículo del mismo título en P. Häberle, *Die Verfassung des Pluralismus*, Frankfurt a. M., 1980, pp. 79-105.

de la personalidad de un juez que se distinga por su virtud y por su privilegiado acceso a la verdad.

Pero el planteamiento monológico se vuelve sobre todo insostenible cuando con Günther se consideran necesarios paradigmas jurídicos reductores de la complejidad. Pues la precomprensión paradigmática del derecho sólo puede restringir la indeterminación del proceso de decisión teoréticamente dirigido y garantizar un grado suficiente de seguridad jurídica si es intersubjetivamente compartida por *todos* los miembros de la comunidad jurídica y expresa una autocomprensión constitutiva de la comunidad jurídica. *Mutatis mutandis*, esto vale también para una comprensión procedimentalista del derecho que cuenta de antemano con una competencia entre diversos paradigmas, regulada discursivamente. Por esta razón es menester un esfuerzo cooperativo para invalidar la sospecha de ideología bajo la que tal comprensión de fondo se halla. El juez individual ha de entender básicamente su interpretación constructiva como una empresa común, que viene sostenida por la comunicación pública de los ciudadanos. En este sentido F. Michelman critica la concepción de monológica que tiene Dworkin del proceso de la decisión judicial: «Lo que falta es diálogo. Hércules... es un solitario. Es demasiado heroico. Sus construcciones narrativas son monológicas. No conversa con nadie, si no es a través de libros. No se entrevista con otros. No se tropieza con la otroidad. Nada le conmociona. Nigún interlocutor viola la inevitable insularidad de su experiencia y perspectiva. Hércules no es más que un hombre después de todo. Y ningún hombre ni ninguna mujer podrían ser así. Dworkin ha construido una apoteosis del juez juzgando, pero sin prestar atención a lo que parece ser la característica institucional más universal y llamativa de la clase judicial, su pluralidad»[50].

Esta observación contiene ya una indicación de la manera más obvia de salir del dilema que consiste en haber de tener en cuenta, por un lado, la falibilidad de construcciones teóricas tan exigentes, sin, por otro, poder preterir el carácter profesional del proceso de la decisión judicial. Hércules podría entenderse como parte de la comunidad de interpretación que son los profesionales del derecho y habría de dejarse guiar en sus interpretaciones por los estándares de práctica interpretativa reconocidos en la profesión: «El profesional viene disciplinado por un conjunto de reglas que especifican la relevancia y peso que hay que asignar al material a interpretar (por ejemplo, a las palabras, a la historia, a la intención, a las consecuencias), así como por estándares que definen conceptos básicos y establecen

50. F. I. Michelman, «Justification and the Justifiability of Law in a Contradictory World»: *Nomos*, t. XVIII (1986), p. 76; cf. K. Günther, *Hero-Politics in Modern Legal Times*, Institute for Legal Studies, Madison Law School, Series 4, Madison, Wi., 1990.

las circunstancias procedimentales en las que la interpretación ha de producirse»[51]. Al hacer esta propuesta Owen Fiss está pensando sobre todo en esos principios procedimentales y máximas de interpretación que son constitutivos del papel y de la práctica de una administración imparcial de justicia y que tienen por fin asegurar la independencia de la justicia, el control de la discrecionalidad subjetiva, el respeto por la integridad de las partes en litigio, el que se fundamente por escrito y se dé por escrito la sentencia, la neutralidad de la sentencia, etc. Los *estándares acreditados en la profesión* tendrían la finalidad de garantizar la comprobabilidad intersubjetiva de la objetividad del juicio.

Pero el *status* de estas reglas no es aproblemático. Por un lado, sirven a la justificación procedimental de la práctica de las decisiones judiciales y fundamentan por tanto la validez de los juicios jurídicos, pero por otro lado la validez de esos principios procedimentales y esas máximas de interpretación se prueba apelando a prácticas y tradiciones acreditadas de una cultura de expertos, obligada ciertamente a la racionalidad y a los principios del Estado de derecho: «Las interpretaciones jurídicas vienen constreñidas por reglas que obtienen su autoridad de una comunidad de interpretación cuyo principio de cohesión es a su vez su compromiso con el imperio de la ley»[52]. Pero desde la perspectiva del observador tales estándares sólo pueden tener el *status* de un sistema de reglas de ética profesional que se legitima a sí mismo. Ya dentro de una misma cultura jurídica hay distintas subculturas que pugnan en torno a la cuestión de la elección de los estándares correctos. Desde la perspectiva interna la autolegitimación fáctica de un estamento profesional que en modo alguno es homogéneo no basta, sin embargo, para aceptar como válidos a su vez los principios procedimentales fundadores de validez. Los principios procedimentales que aseguran la validez de los resultados de una práctica de decisiones atenida a procedimiento, han menester de una fundamentación interna. Tampoco basta el recurso a las regulaciones positivadas en términos de derecho procesal; pues la racionalidad que la normativa procesal sin duda comporta, es ingrediente del derecho vigente necesitado de interpretación, cuya interpretación objetiva es precisamente lo que está en cuestión. De este círculo sólo puede sacarnos una reconstrucción de la práctica interpretativa que proceda en términos de teoría del derecho y no en términos de dogmática jurídica. La crítica a la teoría solipsista del derecho de Dworkin ha de situarse en el *mismo* nivel que ella y fundamentar en forma de una *teoría de la argumentación jurídica* los principios de procedimiento, a los que en adelante habría que transferir la carga de las exigencias ideales que hasta ahora se hacían a Hércules.

51. O. Fiss, «Objectivity and Interpretation»: *Standford Law Review* 34 (1982), pp. 739-763.

52. *Ibid.*, p. 762.

(2) Una teoría de la argumentación que asuma esta tarea no puede limitarse a acceder al discurso jurídico en términos lógico-semánticos[53]. Pues por esta vía pueden aclararse, ciertamente, reglas de inferencia lógica, reglas semánticas y reglas de argumentación. Pero cuando en el caso de estas últimas se trata de las reglas investigadas por Toulmin que rigen tránsitos argumentativamente no triviales, éstas sugieren ya una concepción pragmática[54]. Los argumentos son razones que en condiciones discursivas sirven a desempeñar una pretensión de validez entablada con un acto de habla constatativo o un acto de habla regulativo y que mueven racionalmente a los participantes en la argumentación a aceptar como válidos los correspondientes enunciados descriptivos o normativos. Una teoría de la argumentación que se limite a clarificar el papel y estructura de los argumentos, sólo considera el juego argumentativo desde el aspecto de producto y, por tanto, en el mejor de los casos sólo puede ofrecer el punto de partida para una fundamentación de esos pasos argumentativos que van más allá de una justificación interna de los juicios jurídicos. Dworkin ha postulado para la justificación externa de las premisas de la decisión una teoría comprehensiva que, como hemos visto, desborda los esfuerzos solipsistas del juez individual. De ahí que se plantee ahora la cuestión de si las exigencias ideales que se hacen a la postulada teoría no habrían de traducirse en exigencias ideales hechas a un *procedimiento cooperativo en la formación de dicha teoría*, es decir, a un discurso jurídico que tome en cuenta tanto el ideal regulativo de una única decisión correcta para cada caso como la falibililidad de la práctica efectiva de la toma de decisiones. Este problema no queda, ciertamente, resuelto, pero sí que es tomado en serio, por una teoría discursiva del derecho que hace depender la aceptabilidad racional de las sentencias judiciales no sólo de la calidad de los argumentos sino también de la estructura del proceso de argumentación. Esa teoría se apoya en un concepto fuerte de racionalidad procedimental, conforme al cual las propiedades que son constitutivas de la validez de un juicio, no sólo han de buscarse en la dimensión lógico-semántica de la estructura de los argumentos y del enlace de enunciados, sino también en la dimensión pragmática del proceso de fundamentación mismo.

La rectitud (corrección) de los juicios normativos no puede por lo demás explicarse en el sentido de una teoría de la verdad como

53. A. J. Arnaud, R. Hilpinen, J. Wróblewski (eds.), «Juristische Logik und Irrationalität im Recht», monográfico 8, *Rechtstheorie*, 1985.

54. St. Toulmin, *The Uses of Argument*, Cambridge, 1964; Id., R. Rieke, A. Janik, *An Introduction to Reasoning*, New York, 1976.

correspondencia. Pues los derechos son una construcción social, a la que no se puede hipostatizar y convertir en hechos. «Rectitud» significa aceptabilidad racional, aceptabilidad apoyada por buenos argumentos. La validez de un juicio viene sin duda definida porque se cumplen sus condiciones de validez. Pero la cuestión de si se cumplen o no, no puede decidirse recurriendo directamente a evidencias empíricas o a hechos que viniesen dados en una intuición ideal, sino que sólo puede esclarecerse discursivamente, justo por vía de una fundamentación o justificación efectuadas argumentativamente. Ahora bien, los argumentos sustanciales nunca pueden ser «concluyentes» en el sentido en que lo es una relación de inferencia lógica (que no es suficiente, pues no hace otra cosa que hacer explícito el contenido de las premisas) o una evidencia contundente (de la cual no se dispone si no es en los juicios singulares de percepción, y aun en este caso no de forma incuestionable). De ahí que la cadena de posibles razones sustanciales no tenga ningún fin «natural»; *a fortiori* no puede excluirse que se presenten nuevas informaciones y se aduzcan nuevas razones. Fácticamente, sólo damos término, en condiciones favorables, a una argumentación cuando las razones, en el horizonte de supuestos de fondo mantenidos hasta ahora de forma aproblemática, se adensan hasta tal punto formando un conjunto coherente, que se produce un acuerdo sin coerciones acerca de la aceptabilidad de la pretensión de validez en litigio. Este resto de facticidad es el que la expresión «acuerdo racionalmente motivado» tiene en cuenta: atribuimos a las razones la fuerza de mover en sentido no psicológico a los participantes en la argumentación a tomas de postura afirmativas. Para eliminar incluso ese momento de facticidad que aún queda, la cadena de razones habría de verse llevada a un cierre no fáctico. Pero tal cierre interno sólo puede conseguirse mediante idealización, sea porque la cadena de argumentos se cierre en círculo mediante una teoría en la que las razones sistemáticamente se compenetren y apoyen mutuamente, y tal cosa es lo que pretendió suministrar antaño el concepto de sistema en Metafísica; sea porque la cadena de argumentos se aproxime como una línea recta a un valor límite ideal, a ese punto de fuga que Peirce describió como *final opinion*[55].

Como el ideal absolutista de una teoría cerrada ya no puede resultar ni plausible ni convincente en una situación de pensamiento postmetafísico como es la nuestra, la idea regulativa que representa esa *única* solución *correcta* para cada caso no puede glosarse postulando una teoría por fuerte que ésta sea. Pues tampoco la teoría del

55. K.-O. Apel, *Der Denkweg von Ch. S. Peirce*, Frankfurt a. M., 1975, pp. 118 ss.; Id., «Sprache und Be[illegible], [illegible] und normative G[illegible]»: *Archivio di Filosofia* 55 (19[illegible]), pp. [illegible].

derecho atribuida a Hércules podría ser otra cosa que una ordenación provisionalmente construida de razones *interinamente* coherentes, ordenación que se ve expuesta a una crítica permanente. La idea de un proceso infinito de argumentación que aspira a un *limes* exige, por otro lado, la especificación de condiciones bajo las que, por lo menos *in the long run*, discurra orientadamente y posibilite el progreso acumulativo que representa un proceso de aprendizaje. Esas condiciones procedimentales pragmáticas aseguran idealmente que todas las razones e informaciones relevantes, de las que en un determinado momento pueda disponerse en relación con un tema, puedan hacerse oír sin excepción, es decir, puedan desplegar la fuerza de motivación racional, que le es inherente. El concepto de argumento es de por sí de naturaleza pragmática: Qué sea una «buena razón», es algo que sólo se muestra en el papel que esa razón ha desempeñado dentro de un juego argumentativo, es decir, en la aportación que, conforme a las reglas de ese juego argumentativo, esa razón ha hecho en orden a decidir si una pretensión de validez controvertida debe aceptarse o no. El concepto de una racionalidad procedimental, extendida a la dimensión pragmática que representan una regulada competición entre argumentos y un regulado intercambio de argumentos, permite entonces complementar las propiedades semánticas de las razones mediante las propiedades (que indirectamente contribuyen a constituir validez) de un dispositivo o medio (el discurso), que es donde puede actualizarse el potencial de motivación racional que las buenas razones comportan. El vacío de racionalidad que se abre entre la fuerza meramente plausibilizadora que un argumento «sustancial» particular («sustancial» en el sentido de Toulmin) posee y la secuencia de tales argumentos en principio siempre incompleta, por un lado, y la incondicionalidad de la pretensión de poder acertar con la «única» solución «correcta», queda *idealiter* cubierto por el *procedimiento argumentativo* de búsqueda cooperativa de la verdad[56].

Cuando mutuamente tratamos de convencernos unos a otros de algo, nos fiamos intuitivamente siempre ya de una práctica en la que suponemos una aproximación suficiente a las condiciones ideales de una situación de habla inmunizada de forma especial contra la represión y la desigualdad, una situación de habla en la que proponentes y oponentes tematizan una pretensión de validez que se ha vuelto problemática y, descargados de la presión que ejercen la acción y la experiencia, adoptan una actitud hipotética para examinar con razones y sólo con razones si la pretensión defendida por el proponente es o no de recibo. La intuición fundamental que vinculamos con esta

56. Cf. mi excurso sobre teoría de la argumentación en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa* I, Madrid, 1987, pp. 43-69.

práctica argumentativa viene caracterizada por la intención de obtener, sobre la base de las mejores informaciones y razones, un asentimiento universal para una manifestación controvertida, en una competición no coercitiva (pero regulada) en torno a los mejores argumentos. Es fácil ver por qué el «principio de discurso» exige este tipo de praxis para la fundamentación de normas y decisiones valorativas. Pues la cuestión de si determinadas normas y valores podrían alcanzar el asentimiento racionalmente motivado de todos los afectados, es algo que sólo cabe enjuiciar desde una perspectiva intersubjetivamente ampliada de primera persona del plural que asuma en sí sin coerciones y sin recortes las perspectivas de la comprensión que de sí y del mundo tienen todos los participantes. Para tal asunción ideal de rol, practicada en común y generalizada, ofrécese la práctica de la argumentación. Como forma reflexiva de la acción comunicativa esa práctica se distingue (en el aspecto, por así decir, socioontológico) por la completa reversibilidad de todas las perspectivas de los participantes, mediante la cual queda, por así decir, *deslimita* la intersubjetividad de nivel superior que constituye el colectivo deliberante. Así, el universal concreto de Hegel se sublima trocándose en una *estructura* de comunicación, purificada de todo lo hegeliano-«sustancial».

Las cuestiones relativas a la aplicación de normas afectan a la comprensión que de sí y del mundo tienen los participantes, de modo distinto que los discursos de fundamentación. En los discursos de aplicación las normas, cuya validez se da por supuesta, se siguen refiriendo a los intereses de todos los posibles afectados; pero al plantearse la cuestión de qué norma es la adecuada en un caso dado, tal referencia pasa a segundo plano frente a los intereses de las partes directamente implicadas. Y en su lugar pasan a ocupar el primer plano interpretaciones de la situación que dependen de la comprensión que de sí y del mundo tienen los autores de la acción de que se trate y los afectados por ella. De estas distintas interpretaciones de la situación tiene que surgir una descripción del estado de cosas, ya normativamente impregnada, que no abstraiga simplemente de las diferencias de percepción existentes. De nuevo se trata de un entrelazamiento de perspectivas de interpretación, no mediatizador. Ahora bien, en los discursos de aplicación las perspectivas particulares de los participantes han de conservar simultáneamente la conexión con aquella estructura general de perspectivas, que en los discursos de fundamentación había estado tras las normas cuya validez se da ahora aquí por supuesta. De ahí que las interpretaciones de los casos particulares, que se hacen a la luz de un sistema coherente de normas, se vean remitidas a la forma de comunicación de un discurso que socioontológicamente está articulado de suerte que las perspectivas de los participantes y las perspectivas de los miem-

bros no implicados de la comunidad jurídica, representados por un juez imparcial, se dejen transformar unas en otras. Esta circunstancia explica también por qué el concepto de coherencia, al que se recurre para las interpretaciones constructivas, escapa a caracterizaciones puramente semánticas y remite a presupuestos pragmáticos de la argumentación.

(3) En la bibliografía correspondiente se perfilan dos vías complementarias. La primera, desde las cuestiones concretas de la fundamentación de las decisiones jurídicas, asciende hasta una teoría de los discursos jurídicos; en esta vía no puedo entrar aquí con más detalle[57]. La otra conduce de arriba a abajo. Robert Alexy comienza con un análisis de las condiciones procedimentales de los discursos racionales en general. Las «reglas de racionalidad» o «reglas de razón» hacen valer idealizaciones que no hay más remedio que suponer en la dimensión temporal, en la dimensión social y en la dimensión objetiva —tiempo infinito, ninguna restricción en el número posible de participantes y perfecta ausencia de coerción—. En el discurso racional suponemos condiciones de comunicación que, primero, impiden una interrupción de la argumentación, que no venga racionalmente motivada; que, segundo, a través de iguales derechos de todos a acceder a la argumentación, así como a través de una participación en la argumentación, simétrica y dotada de iguales oportunidades, aseguran tanto la libertad en la elección de temas, como también la inclusión de las mejores informaciones y razones; y que,

57. Aulis Aarnio entiende primero la legitimidad, que es una de las dos dimensiones de la validez jurídica, como aceptabilidad racional (*Lo racional como razonable*, Madrid, 1991, pp. 83 ss.); discute después las distintas clases de normas jurídicas e introduce una jerarquización en estas categorías del derecho vigente (pp. 105 ss. y 122 ss.): estas categorías son las *sources of information*. Después trata Aarnio las reglas del discurso conforme a las que ha de orientarse la interpretación; constituyen las *sources of rationality*. Al igual que Dworkin, Aarnio pone el acento en la justificación externa de las premisas de decisión, para la que son menester razones sustanciales: los principios y los objetivos (*rightness reasons vs. goal reasons*). Pero a diferencia de Dworkin, para la justificación de estos principios Aarnio no exige la construcción de una teoría comprehensiva, sino sólo coherencia bajo las condiciones de un discurso racional: «El procedimiento de justificación es esencialmente un diálogo. Es una secuencia de preguntas y respuestas, con base en la cual se presentan distintos argumentos en favor y en contra. El destinatario puede aceptar racionalmente la interpretación sólo si la justificación conduce a una gavilla coherente de enunciados y si esa gavilla cumple ciertos criterios (sobre todo criterios de vinculación al derecho vigente). Esto es así porque los estándares de razonamiento jurídico no garantizan por sí solos la coherencia del material justificatorio. Todas las razones deben usarse, pues, de una forma racional» (*ibid.*, p. 239). Las buenas razones sólo despliegan su fuerza de motivación racional en un foro en que puedan oírse todas las voces relevantes. Este foro lo describe Aarnio con ayuda del concepto de Perelman de un «auditorio ideal». Ciertamente, para el discurso jurídico basta con un auditorio ideal particular, restringido a los límites de la comunidad jurídica. Este auditorio consiste en personas racionales que en sus posicionamientos de afirmación o negación se dejan determinar por la coerción sin coerciones del mejor argumento, pero esto sólo dentro del contexto de una forma concreta de vida compartida de antemano.

tercero, excluyen toda coerción que pueda ejercerse desde fuera sobre el proceso de entendimiento, o que pueda surgir de ese proceso de entendimiento, a no ser la coerción del mejor argumento y que, por tanto, neutralizan todos los motivos a excepción del de la búsqueda cooperativa de la verdad[58]. Para los discursos práctico-morales Alexy introduce como regla de fundamentación una versión del principio kantiano de universalización. De este principio de universalización puede mostrarse que se funda en los presupuestos idealizadores que la propia argumentación implica[59]. Quien en serio trata de participar en la práctica de la argumentación tiene que asumir presuposiciones pragmáticas que lo obligan a una asunción ideal de rol, es decir, a interpretar y valorar cuanto se diga adoptando también la perspectiva de cada uno de los demás potenciales participantes. Con ello, por así decir, se da cobro, en términos de teoría del discurso, a la norma fundamental de Dworkin, es decir, a la norma de igual consideración e igual respeto a todos.

Cuando con Dworkin se comparte una comprensión deontológica del derecho y se siguen las consideraciones de autores como Aarnio, Alexy y Günther relativas a teoría de la argumentación, no hay más remedio que asentir a dos tesis. Por un lado, el discurso jurídico no puede moverse autárquicamente en un universo herméticamente cerrado del derecho vigente, sino que ha de mantenerse abierto a argumentos de otra procedencia, en particular a las razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso de producción de normas y, por ende, agavilladas en la propia pretensión de legitimidad de las normas jurídicas. Por otro, la corrección o rectitud de las decisiones jurídicas se mide en última instancia por el cumplimiento de condiciones comunicativas de la argumentación, que posibilitan la imparcialidad en la formación de un juicio. Ahora bien, es casi obvio orientar la teoría discursiva del derecho por el modelo que representa la ética del discurso, mucho mejor investigada. Pero de la primacía heurística de los discursos práctico-morales, e incluso de la exigencia de que las reglas jurídicas no pueden contradecir a normas morales, no se sigue sin más que los discursos jurídicos deban o puedan entenderse como un subconjunto de las argumentaciones morales. Contra esta tesis sostenida por Alexy de que el discurso jurídico es un «caso especial» del discurso moral (sin hacer de entrada ninguna distinción en lo tocante a discursos de fundamentación y discursos de aplicación[60]), se han hecho una serie de objeciones.

58. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M., 1978, ³1990; Alexy hace referencia a J. Habermas, «Teorías de la verdad», en Id., *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, 1989, pp. 113-158.

59. J. Habermas, «Diskursethik - Notizen zu einem Begründungsprogramm», en Id., *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a. M., 1983, pp. 53-126.

60. En el epílogo que completa su libro Alexy distingue ciertamente entre el aspecto de

(*a*) Las restricciones específicas a que se halla sujeta la acción forense de las partes ante un tribunal, no parecen permitir que el curso del proceso pueda medirse por los criterios de un discurso racional. Las partes no están obligadas a una búsqueda cooperativa de la verdad: su interés por obtener un resultado favorable en el proceso pueden también «perseguirlo por vía de utilizar estratégicamente como tapadera en el momento oportuno argumentos susceptibles de consenso»[61]. A esto puede replicarse de forma plausible que todos los implicados en el proceso, cualesquiera sean los motivos por los que se guían, hacen contribuciones a un discurso que *desde la perspectiva del juez* sirve a la obtención de un juicio imparcial. Y sólo esa perspectiva es la esencial para la fundamentación de la decisión[62].

(*b*) Más problemática es la indeterminación del procedimiento discursivo; las condiciones procedimentales de las argumentaciones en general no son suficientemente selectivas como para asegurar para cada caso una única decisión correcta[63]. En la medida en que esta objeción se refiere a la teoría del discurso en general, no podemos prestarle aquí atención[64]. Me limito a la crítica a la indeterminación de los discursos jurídicos. Alexy caracteriza estos discursos como el subconjunto de los discursos práctico-morales que están ligados al derecho vigente. Correspondientemente, Alexy complementa las reglas generales del discurso con reglas especiales y formas especiales de argumentación que en lo esencial recogen el canon vigente en las prácticas habituales de argumentación jurídica. Para rebatir la tesis de la indeterminación, Alexy tendría que mostrar que estos principios procedimentales y máximas de interpretación, seleccionados de la propia práctica jurídica y sistematizados en la doctrina jurídica concerniente a métodos, no hacen más que especificar las condiciones procedimentales generales de los discursos práctico-morales en lo tocante a vinculación al derecho vigente. Pero a esta exigencia no se la puede satisfacer, ciertamente, con una breve referencia a las seme-

racionalidad del derecho vigente y el aspecto de aplicación correcta de las normas supuestas como válidas, pero después prosigue: «En la pretensión de rectitud implicada por las decisiones judiciales están contenidos ambos aspectos» (R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, p. 433).

61. U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, p. 85.

62. R. Alexy, «Antwort auf einige Kritiker», en Id., *Theorie der juristischen Argumentation*.

63. A. Kaufmann, *Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1984, pp. 35 ss.; Id., «Recht und Rationalität», en *Festschrift W. Maihofer*, Frankfurt a. M., 1986; Id., *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, Heidelberg, 1990, pp. 28 ss. y 35 ss.; cf. también las ponencias de O. Weinberger y R. Alexy, en las Actas del XV Congreso de filosofía del derecho y filosofía social, Götingen, 1991, I, p. 51.

64. Cf. R. Alexy, «Probleme und Diskurstheorie»: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 43 (1989), pp. 81-93; J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 159-166.

janzas estructurales de las reglas y formas de argumentación introducidas para cada una de esas formas de discurso[65].

(*c*) Alexy tiene claro que las decisiones jurídicas fundamentadas discursivamente no son «correctas» en el mismo sentido en que lo son los juicios morales válidos: «La racionalidad de la argumentación jurídica, en el trecho en que viene determinada por las leyes, es relativa a la racionalidad de la legislación. Una racionalidad no restringida de la decisión jurídica supondría la racionalidad de la legislación»[66]. Por cuanto que este presupuesto no se cumple, la consonancia entre moral y derecho que Alexy presupone tiene también la desagradable consecuencia, no sólo de relativizar la rectitud de la decisión jurídica, sino de ponerla como tal en cuestión. Las pretensiones de validez vienen codificadas binariamente y no admiten un más o un menos: «Pues la racionalidad de una argumentación relativamente a una ley irracional no es un menos, sino algo cualitativamente distinto que la racionalidad material de una decisión obtenida conforme a las reglas del discurso racional práctico»[67]. Para escapar a esta objeción hay que plantearse con Dworkin la tarea de una reconstrucción racional del derecho vigente. La decisión jurídica de un caso particular sólo puede ser correcta si se ajusta a un sistema jurídico coherente.

(*d*) K. Günther hace suyo este concepto normativo de coherencia. Günther distingue dentro del discurso práctico-moral, como hemos mostrado, entre el aspecto de fundamentación y el aspecto de aplicación, y entiende la argumentación jurídica como un caso especial del discurso moral de aplicación. Con ello el discurso jurídico queda descargado de cuestiones de fundamentación. El juicio «adecuado», que es «único» para cada caso, toma su rectitud de la validez *presupuesta* de las normas acordadas por el legislador político. Mas los jueces no pueden sustraerse a un enjuiciamiento reconstructivo de las normas de las que parten como válidas porque las colisiones de normas sólo pueden resolverlas bajo la suposición «de que todas las normas válidas constituyen en última instancia un sistema coherente ideal, que permite para cada situación de aplicación exactamente una sóla respuesta correcta»[68]. Esta suposición contrafáctica sólo conserva su valor heurístico mientras en el mundo del derecho vigente se encuentre con, o efectivamente le responda, un fragmento de razón existente. Pero si la razón que, bajo ese presupuesto, habría de estar

65. R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, pp. 352 s.
66. *Ibid.*, p. 351.
67. U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, p. 90.
68. K. Günther, «Ein normativer Begriff der Kohärenz», p. 182.

ya en obra —por fragmentariamente que fuese— en la propia producción normativa de los Estados democráticos de derecho, hubiera de ser *idéntica* a la razón *moralmente* legisladora de Kant, apenas podríamos confiar en la reconstruibilidad racional del orden jurídico vigente, transido de contingencias. Ahora bien, la actividad legislativa no se basa sólo, y ni siquiera en primera línea, en razones *morales*, sino también en razones de otro tipo.

Cuando ponemos por base una teoría procedimental y partimos de ella, la legitimidad de las normas jurídicas se mide por la racionalidad del procedimiento democrático que caracteriza a la actividad política de producción de normas. Este procedimiento, como hemos mostrado, es más complejo que el de la argumentación moral porque la legitimidad de las leyes no sólo se mide por la rectitud de juicios morales, sino entre otras cosas también por la disponibilidad, pertinencia, relevancia y selección de informaciones, por la fecundidad en la elaboración de esa información, por la adecuación de las interpretaciones de la situación y de los planteamientos de los problemas, por la racionalidad de las elecciones que se hacen, por la autenticidad de las valoraciones fuertes y, sobre todo, por la *fairness* de los compromisos alcanzados, etc. No cabe duda de que los discursos jurídicos pueden analizarse utilizando como modelo los discursos morales de aplicación, pues en ambos casos se trata de la lógica de la aplicación de normas. Pero la dimensión de validez de las normas jurídicas, mucho más compleja, prohíbe asimilar la rectitud de las decisiones jurídicas a la validez de los juicios morales y, por tanto, considerar el discurso jurídico como caso especial de los discursos morales de aplicación. Esos principios procedimentales y máximas de interpretación jurídicas, acreditados en la práctica, que quedan canonizados en la doctrina jurídica concerniente a métodos, sólo podrán quedar satisfactoriamente articulados en términos de una teoría del discurso cuando se hayan analizado mejor que hasta ahora la red de argumentaciones, negociaciones y comunicaciones políticas, en la que se efectúa el proceso de producción legislativa[69].

(4) La tesis que considera el discurso jurídico como caso especial del discurso moral, defendida en una u otra versión, resulta plausible desde puntos de vista heurísticos, pero sugiere una subordinación errónea del derecho a la moral, no liberada del todo aún de las connotaciones del derecho natural. La tesis pierde todo su interés en cuanto se toma en serio esa diferenciación paralela de derecho y

69. En este aspecto tiene razón R. Alexy (*Theorie der juristischen Argumentation*, p. 352) cuando dice: «Para llegar a una teoría del discurso jurídico que comprendiese también esta condición (de racionalidad de la legislación), la teoría del discurso práctico racional general tendría que convertirse en una teoría de la legislación y ésta en una teoría normativa de la sociedad».

moral, que se produce en el nivel postconvencional de fundamentación. Pues entonces el principio de discurso, como hemos visto, no tiene más remedio que recibir una versión suficientemente abstracta, mientras que el principio moral y el principio democrático, entre otros, son resultado de la especificación de ese principio de discurso en lo que respecta a diversas clases de normas de acción. Éstas regulan en un caso interacciones informales y simples entre individuos presentes, y en el otro relaciones de interacción entre personas jurídicas que se entienden como portadoras de derechos. Correspondientemente, los discursos racionales que el principio de discurso presupone, se ramifican en argumentaciones morales, por un lado, y en discursos políticos y jurídicos, por otro, que vienen institucionalizados jurídicamente y sólo incluyen cuestiones morales en la medida en que éstos puedan concernir a normas jurídicas. El sistema de los derechos que asegura la autonomía privada a la vez que la autonomía pública de los miembros de la comunidad jurídica, es objeto de interpretación y desarrollo en el procedimiento de producción democrática del derecho y en el procedimiento de la aplicación imparcial del derecho. Estos puestos de aguja que, en lo que respecta a estrategia conceptual, acabamos de fijar, comportan dos consecuencias.

Se evita, en primer lugar, que los discursos que se especializan en la fundamentación y en la aplicación de leyes, hayan de ser entendidos *a posteriori* como casos especiales de los discursos morales de fundamentación y aplicación. Los discursos jurídicos ya no han menester se los deslinde de los contenidos morales por vía de una restricción de la extensión lógica de estos últimos. No constituyen casos especiales de argumentaciones morales que, en virtud de su vinculación al derecho vigente, se reduzcan a un subconjunto de lo moralmente obligatorio o permitido. Antes se refieren *de raíz* y desde el principio al derecho democráticamente establecido y, cuando no se trata sólo del trabajo de reflexión propio de la dogmática jurídica, vienen también jurídicamente institucionalizados. Pero, en segundo lugar, con ello queda también claro que los discursos jurídicos no sólo se refieren desde el principio a normas jurídicas, sino que quedan ellos mismos *insertos* en el sistema jurídico junto con las formas de comunicación que les son propias. Pues lo mismo que sucede con los procedimientos democráticos por el lado de la producción legislativa, también las disposiciones relativas a procedimiento por el lado de la aplicación del derecho compensan la falibilidad y la incertidumbre en las decisiones, las cuales resultan de que los exigentes presupuestos comunicativos de los discursos racionales sólo pueden cumplirse aproximativamente.

En la administración de justicia la tensión entre la legitimidad y la positividad del derecho se aborda y resuelve, en lo que a *contenido* se refiere, como el problema de una decisión correcta (legitimidad)

a la vez que consistente (positividad). Pero la misma tensión vuelve a producirse, no ya en el nivel de contenidos sino en el nivel pragmático de la práctica de las decisiones judiciales porque las exigencias ideales a que está sujeto el procedimiento argumentativo han de ser puestas en consonancia con las restricciones impuestas por la necesidad fáctica de regulación. De nuevo el derecho ha de aplicarse a sí mismo en forma de normas organizativas, para crear no sólo competencias en lo tocante a la administración de justicia, sino para establecer discursos jurídicos como ingredientes de los procesos judiciales. Las normas relativas al orden del proceso institucionalizan la práctica de la decisión judicial de manera que la sentencia y la fundamentación de la sentencia puedan entenderse como resultado de un juego argumentativo que viene programado de forma especial. Y de nuevo se entrelazan procedimientos jurídicos con procedimientos argumentativos no debiendo interferir el establecimiento que se hace de discursos jurídicos en términos de derecho procesal con el lado interno de la lógica de esos discursos. Pues el derecho procedimental o procesal no regula la argumentación normativo-jurídica como tal, sino que no hace más que asegurar en el aspecto temporal, social y objetivo el marco institucional para decursos de comunicación que *así* quedan libres, es decir, que así pueden producirse, los cuales sólo obedecen a la lógica interna de los discursos de aplicación. Explicaré esto brevemente recurriendo al caso del derecho procesal, civil y penal alemán[70].

Primero sobre las restricciones temporales y sociales del desarrollo del proceso. Aun cuando no hay legalmente fijada ninguna duración límite para el proceso, los distintos plazos (sobre todo en lo que respecta a la serie de instancias de apelación y revisión) cuidan de que las cuestiones en litigio no se traten dilatoriamente y de que puedan decidirse en firme. Asimismo, la distribución de papeles sociales en el proceso establece una simetría entre el ministerio fiscal y la defensa (en el proceso penal) o entre el demandante y el demandado (en el proceso civil). Durante el procedimiento el tribunal puede asumir el papel de un tercero imparcial de modos distintos —activamente admitiendo o rechazando pruebas, o neutralmente, limitándose a observar—. Durante la práctica de la prueba las cargas de prueba vienen reguladas para los participantes en el proceso de forma más o menos unívoca. El procedimiento probatorio mismo —de forma mucho más marcada en el proceso civil que en el proceso penal— está planteado en términos agonales como una especie de competición entre partes que persiguen sus propios intereses. Aun cuando en el proceso penal el tribunal «al objeto de averiguar la verdad extenderá de oficio las diligencias probatorias a todos los hechos y medios

70. Doy las gracias a Klaus Günther por las referencias que siguen.

de prueba que sean relevantes para la decisión» (§ 244 sec. 2 StPO), los papeles en que se articula la participación en el procedimiento están definidos de suerte que la práctica de diligencias probatorias no está estructurada en términos integralmente discursivos en el sentido de una búsqueda cooperativa de la verdad. Pero al igual que en el procedimiento anglosajón de jurados, los ámbitos estratégicos de acción están también estructurados de suerte que, a ser posible, puedan escucharse todos los hechos relevantes para la constitución del estado de cosas de que se trate. Y éstos son los que el tribunal pone a la base de la valoración de las pruebas, valoración que es cometido suyo, y del fallo jurídico que emite.

La «finalidad» de todo el procedimiento se muestra bajo el aspecto de las restricciones objetivas a las que está sometido el decurso del proceso. Pues éstas sirven al deslinde institucional de un espacio interno para el libre procesamiento de razones en discursos de aplicación. Los procedimientos que han de seguirse hasta la apertura de la vista oral, definen el objeto del litigio, con el fin de que el procedimiento pueda concentrarse en casos claramente delimitados. Bajo el presupuesto metodológico de una separación entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho la práctica de diligencias probatorias escenificada como una interacción entre personas presentes sirve a la fijación de hechos y al aseguramiento de medios de prueba. Pese a la relación circular entre normas jurídicas y estados de cosas, variantes de interpretación y referencias a los hechos, la valoración jurídica de las pruebas permanece en buena medida atemáticamente en el transfondo. No deja de ser interesante que en ambos tipos de proceso sea sólo a continuación cuando el tribunal «internamente», es decir, no en un procedimiento especial, aborda la evaluación de las pruebas y el enjuiciamiento jurídico del caso. Este discurso jurídico en el que se enjuician normativamente los hechos «probados» o «tenidos por verdaderos», sólo queda comprendido por el derecho procesal en lo que respecta a contenido en cuanto que el tribunal ha de «exponer» y «fundamentar» su fallo ante los implicados en el proceso y ante la opinión pública. La fundamentación se compone del hecho que se juzga y de los motivos de la decisión: «En los motivos de la decisión propiamente dichos, el tribunal hace un breve resumen de las consideraciones en que se basa la decisión tanto en sus aspectos de hecho como de derecho (§ 313 sec. 3). Aquí, junto a los "considerandos" jurídicos, se produce también la valoración de las pruebas»[71]. Las disposiciones relativas a procedimientos no norman, pues, ni las razones que deban considerarse admisibles, ni tampoco la marcha de la argumentación; pero aseguran ámbitos para discursos jurídicos, que sólo en su resultado se convierten en objeto del procedimiento. Pues el resultado puede ser vuelto a examinar por las sucesivas instancias superiores.

71. P. Arens, *Zivilprozeßrecht*, München, ⁴1988, p. 219.

Esta autorreflexión institucionalizada del derecho sirve a la protección individual del derecho desde el doble punto de vista que representan la justicia en el caso particular y la unitariedad en la aplicación del derecho y en el desarrollo del derecho: «La *finalidad de un recurso consiste primariamente en obtener en interés de las partes decisiones correctas y, por tanto, justas, mediante revisión de las sentencias dictadas*. La simple posibilidad de revisión obliga además a los tribunales a una *fundamentación cuidadosa*. Pero la finalidad del recurso no se agota en ello. Antes hay también un *interés general* por un eficaz sistema de recursos. La prohibición del autoauxilio sólo se puede realizar eficazmente si las partes reciben ciertas garantías de obtener una decisión correcta. Además, la secuencia de instancias, con la *concentración* que supone *de la jurisprudencia* en unos cuantos tribunales superiores y, finalmente, en un solo tribunal supremo, conduce a la *unitariedad* del derecho a la vez que a su *desarrollo*, cosas ambas perentoriamente necesarias. Este interés público no desempeña el mismo papel en las diferentes clases de recursos. Es notablemente más fuerte en los recursos de revisión que en los de apelación»[72]. El interés público por la unitariedad del derecho subraya un importante rasgo de la lógica de la administración de justicia: el tribunal ha de decidir cada caso particular protegiendo la coherencia del orden jurídico en conjunto.

Resumiendo, puede constatarse que las disposiciones relativas a procedimiento regulan de forma relativamente estricta la práctica de las dilegencias de prueba, concentradas en la averiguación del decurso de los hechos, otorgando aquí a las partes la posibilidad de un trato limitadamente estratégico con el derecho, mientras que el discurso jurídico del tribunal se desarrolla en un vacío en lo tocante a derecho procedimental, de suerte que la formación y producción del fallo judicial parecen dejadas tan sólo a la capacidad profesional de los jueces: «Sobre el resultado de las pruebas practicadas decide el tribunal conforme a su libre convicción, obtenida del conjunto de la causa» (§ 261 StPO). Este discurso jurídico-profesional, al quedar puesto fuera del procedimiento propiamente dicho, habría de quedar sustraído a influjos externos.

72. *Ibid.*, pp. 346 s.

VI

JUSTICIA Y LEGISLACIÓN: SOBRE EL PAPEL Y LEGITIMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

•

Siguiendo como hilo conductor la teoría del derecho de Dworkin hemos tratado primero el problema de racionalidad de una administración de justicia, cuyas decisiones han de satisfacer a criterios de seguridad jurídica a la vez que a criterios de aceptabilidad racional. Las propuestas de Dworkin para una interpretación constructiva del derecho vigente dirigida por una teoría, pudimos defenderlas en una lectura procedimentalista que desplaza las exigencias idealizadoras a que queda sujeta la formación de dicha teoría convirtiéndolas en el contenido idealizador de presupuestos pragmáticos necesarios del discurso jurídico. Quedó abierta la cuestión de cómo una práctica interpretativa que procede en tales términos reconstructivos puede operar dentro de los límites de la división de poderes propia del Estado de derecho sin que la administración de justicia invada competencias legislativas (y con ello entierre también la estricta vinculación de la Administración a la ley).

Como la práctica de las decisiones judiciales está ligada al derecho y a la ley, la racionalidad de la administración de justicia depende de la legitimidad del derecho vigente. Ésta depende a su vez de la racionalidad de un proceso legislativo, que, en la situación de división de poderes que el Estado de derecho establece, no está a disposición de los órganos de aplicación del derecho. Ciertamente, el discurso político y la práctica de la legislación constituyen, desde el punto de vista del derecho constitucional, un importante tema de la dogmática jurídica; pero a la teoría del derecho, al venir cortada a la medida de los discursos jurídico-profesionales, ambas cosas sólo se le empiezan abriendo desde la perspectiva de la administración de justicia y jurisprudencia. Si queremos analizar, pues, manteniendo la misma perspectiva de teoría del derecho la problemática relación entre administración de justicia y proceso legislativo, ofrécese la ju-

risdicción constitucional como punto metodológico de referencia institucionalmente aprehensible. La existencia de tribunales constitucionales es algo que no se entiende sin más. Tales instituciones están ausentes en muchos Estados de derecho. Y allí donde existen —como es el caso de Alemania y de Estados Unidos, los dos países a los que aquí me voy a limitar—, su posición en el edificio de competencias del orden constitucional, y la legitimidad de sus decisiones, son asunto controvertido. Estas encendidas y sutiles controversias son ellas mismas señal de una necesidad de clarificación que viene, cuando menos, motivada por el agavillamiento *institucional* de *funciones* que, en la perspectiva de una teoría de la Constitución, hay que distinguir bien.

En la discusión se unen por lo demás aspectos diversos, de los que en especial quisiera subrayar tres. La crítica de la jurisdicción y la jurisprudencia constitucional se efectúa siempre en lo que respecta a la distribución de competencias entre el legislador democrático y la administración de justicia; es siempre, por tanto, una disputa en torno al principio de la división de poderes. Pero este problema se plantea de modos distintos según sea el aspecto desde el que se considere. Me referiré a tres líneas de razonamiento, de las que la primera conduce a la disputa de paradigmas que retomaré en el último capítulo, mientras que la segunda prosigue las discusiones metodológicas del capítulo anterior, y la tercera prepara el camino para una discusión acerca de una comprensión del proceso político articulada en términos de teoría del discurso, que proseguiremos en el capítulo siguiente desde la perspectiva de una teoría de la democracia.

Bajo el primer aspecto la crítica que —en especial en la República Federal de Alemania— se viene haciendo a la toma de decisiones del Tribunal Constitucional se basa en una lectura especial, a saber, en una lectura liberal del esquema clásico de la división de poderes. La ampliación de funciones, fácticamente inevitable, pero normativamente dudosa, que experimenta la administración de justicia, al encargar a un tribunal constitucional del ejercicio de funciones que compiten con las de la actividad legislativa, esa lectura la explica por la evolución que experimenta el Estado liberal de derecho convirtiéndose en Estado intervencionista y Estado benefactor (I). Bajo el segundo aspecto, se prosigue el debate sobre la indeterminación del derecho, pero centrándolo ahora en la «teoría de los valores» que constituye el núcleo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán. La crítica se dirige contra una autocomprensión metodológica desarrollada por ese Tribunal, que equipara la orientación por principios con una ponderación o sopesamiento de bienes (II). Bajo el tercer aspecto, el papel del Tribunal Constitucional consistiría, así se ven las cosas sobre todo en Estados Unidos, en proteger el procedimiento democrático de la producción de derecho; se trata aquí de

la rehabilitación o renovación de una comprensión republicana, es decir, no-instrumental, del proceso político en conjunto (III).

I

(1) Los tribunales constitucionales cumplen normalmente varias funciones a la vez. Aunque las distintas competencias convergen en la tarea de decidir en última instancia cuestiones de interpretación de la Constitución y, por tanto, en mantener también la coherencia del orden jurídico, el agavillamiento de esas competencias en el marco de una única institución, no resulta obligatorio sin más desde el punto de vista de una teoría de la Constitución. En el caso del Tribunal Constitucional alemán pueden distinguirse tres ámbitos de competencias: los conflictos entre órganos estatales (incluyendo los conflictos entre el Estado central y los *Länder*), el control de constitucionalidad de las normas jurídicas (en lo que sigue nos interesará sobre todo el control de constitucionalidad de las leyes) y los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. La competencia concerniente a recursos de amparo y al control concreto de normas (es decir, la competencia relativa a los casos en que los tribunales de instancia suspenden temporalmente un proceso para obtener, con motivo de algún asunto concreto, una decisión acerca de la constitucionalidad de la norma que se tiene que aplicar) es la menos problemática desde el punto de vista de la división de poderes. Aquí el Tribunal Constitucional actúa en el sentido de una unificación y coherentización del derecho. Sin perjuicio de su facultad de declarar importantes determinadas leyes también en estas clases de procedimientos, el Tribunal Constitucional constituye en todo caso en el sistema jerárquicamente articulado de la administración de justicia, junto con los tribunales supremos de la Federación, algo así como la cúspide reflexiva que se encarga de las tareas de autocontrol. De modo similar, al gobierno como vértice del poder ejecutivo le corresponde la tarea de autocontrol de la Administración. Más problemático puede ser que al Tribunal Constitucional le competa decidir las disputas entre órganos estatales, tomadas éstas en sentido amplio. Esta competencia afecta a la separación de funciones del Estado, pero cabe justificarla con cierta plausibilidad recurriendo a una necesidad de técnica constitucional, a saber, a la necesidad de dirimir conflictos entre órganos estatales que están llamados a cooperar. Pues en última instancia la lógica de la división de poderes no queda vulnerada por la práctica de un tribunal al que faltan medios de coerción para imponer sus decisiones contra una negativa del Parlamento y del gobierno. La colisión entre las funciones del Tribunal Constitucional y lo que se diría habrían de ser funciones del

legislador legitimado democráticamente sólo se agudiza en el ámbito del control abstracto de normas. Aquí queda sometida a la comprobación y revisión judicial la cuestión de si una ley aprobada por el Parlamento es conforme a la Constitución y por lo menos no contradice un desarrollo consecuente del sistema de los derechos. Hasta la aprobación de la ley, ésta es una cuestión que ha de decidirla el Parlamento. Y, en todo caso, es digna de tenerse en cuenta la consideración de si la revisión de tal decisión parlamentaria no podría efectuarse a su vez en forma de un autocontrol del legislador mismo, organizando tal autocontrol a modo de tribunal, e institucionalizándolo, por ejemplo, en una comisión parlamentaria compuesta también por profesionales del derecho. Tal internalización de la autorreflexión acerca de las propias decisiones tendría la ventaja de mover al legislador a tener presente desde el principio durante sus propias deliberaciones el contenido normativo de los principios constitucionales. Pues éste tiende a perderse de vista cuando en el tráfago de los negocios parlamentarios las cuestiones éticas y morales quedan *redefinidas* como cuestiones susceptibles de negociarse, es decir, como cuestiones susceptibles de compromiso. En este aspecto, la diferenciación institucional de un procedimiento autorreferencial de control de normas, que fuese competencia del Parlamento, contribuiría quizá a aumentar la racionalidad del proceso de producción legislativa. Y ello resulta tanto más recomendable si, conforme al sentido de nuestro análisis, se parte de que la división de poderes tiene ante todo la finalidad de que la Administración no se autonomice frente al poder generado comunicativamente.

Desde la perspectiva de la teoría del discurso la lógica de la división de poderes exige una asimetría en el ensamblaje y entrelazamiento de poderes del Estado: el poder ejecutivo, al que ha de impedirse el poder disponer a voluntad de las razones normativas del poder legislativo y de la justicia, está sujeto en su actividad tanto al control parlamentario como al control judicial, mientras que queda excluida una inversión de tal relación, es decir, una supervisión de los otros dos poderes por el poder ejecutivo. Quien, como en su tiempo C. Schmitt, quisiera convertir en «protector de la Constitución» al presidente del *Reich*, es decir, a la cúpula del ejecutivo, en lugar de a un tribunal constitucional, estaría invirtiendo, por tanto, el sentido que la división de poderes tiene en el Estado democrático de derecho, convirtiéndola exactamente en lo contrario[1]. La lógica

1. C. Schmitt, *La defensa de la Constitución* (1931), Madrid, 1983. En su aguda crítica H. Kelsen mostró que esta propuesta de Schmitt se sigue consecuentemente de su «giro al Estado total»: H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* (1931), Madrid, 1995.

de la división de poderes, a la que cabe fundamentar en términos de teoría del discurso, sugiere configurar *autorreflexivamente* al poder legislativo, al igual que a la justicia, y dotarlo de la competencia de autocontrolar su propia actividad. El legislador no dispone a su vez de la competencia de comprobar si los tribunales en su negocio de aplicar el derecho se han servido exactamente de las razones normativas que en su día entraron a formar parte de la fundamentación presuntivamente racional de una ley. Por otro lado, lo que se llama control abstracto (sin referencia a un caso concreto) de normas pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador. Por tanto, no sería totalmente desacertado reservar esta función, también en última instancia, a un autocontrol del legislador, que podría adoptar la forma de un procedimiento articulado en términos de proceso judicial. La transferencia de esta competencia a un tribunal constitucional ha menester, cuando menos, de una justificación bastante compleja. Pues «el discurso relativo a derechos fundamentales no está ligado a las decisiones que se toman en el procedimiento de producción legislativa, sino que queda preordenado a ese procedimiento y por encima de él. Esto significa que en ese discurso falta el factor de vinculación más importante para la argumentación jurídico-profesional en general, a saber, la ley simple, relativamente concreta en la mayoría de los casos. Su lugar vienen a ocuparlo determinaciones o definiciones de los derechos fundamentales, muy abstractas, abiertas y cargadas de ideología»[2]. Alexy refiere el «discurso relativo a derechos fundamentales» a todos los ámbitos de la jurisprudencia constitucional. Pero cuando con más claridad nos encontramos ante una desvinculación explícita, aunque sólo sea puntual, respecto de la validez de toda ley en vigor es precisamente en el caso del control abstracto de normas.

En su controversia con C. Schmitt, H. Kelsen se había manifestado decididamente en favor de la institucionalización de un tribunal constitucional, y ello no sólo por razones políticas —muy convincentes en la situación de entonces— sino también por razones concernientes a teoría del derecho. C. Schmitt había puesto en cuestión que el control abstracto de normas fuese una cuestión de aplicación de normas y, por tanto, una operación genuina de la práctica de toma de decisiones judiciales, porque «las reglas generales sólo se comparan entre sí, pero no se subsumen unas bajo otras o se aplican unas a otras». Faltaba la relación entre norma y hecho[3]. A ello Kelsen sólo pudo replicar que el objeto del control no era el contenido de una norma problematizada, sino la constitucionalidad de su producción: «El hecho que en las decisiones sobre la constitucionalidad de una ley

2. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 532 ss.
3. C. Schmitt, *La defensa de la Constitución*, p. 85.

se subsume bajo la norma que representa la Constitución, no es la norma..., sino la producción de la norma»[4]. Pero este argumento sólo podría ser de recibo si al control de normas en su totalidad se le pudiese dar, como todavía veremos, una lectura procedimentalista. Mientras tanto el argumento decisivo radica en el plano de una política del derecho: «Como precisamente en los casos más importantes de vulneración de la Constitución el Parlamento y el gobierno son partidos en pugna, lo recomendable para dirimir esta disputa es recurrir a una tercera instancia que esté fuera de esa oposición y que de ningún modo esté implicada ella misma en el ejercicio del poder que la Constitución distribuye en lo esencial entre Parlamento y gobierno. El que esta instancia obtenga por esta vía un cierto poder, es inevitable. Pero se da una gran diferencia entre dotar a un órgano del Estado de un poder que se reduce al poder de control institucional, o reforzar aún más el poder de uno de los dos principales portadores del poder del Estado, asignándole además la función de control constitucional»[5].

Cualquiera sea la postura que se adopte respecto a la cuestión de la *institucionalización adecuada* de esa interpretación de la Constitución que concierne directamente a la actividad del poder legislativo, no cabe duda de que la concretización del derecho constitucional por una jurisdicción constitucional encargada de decidir en última instancia, sirve a la clarificación del derecho y al mantenimiento de un orden jurídico coherente.

En un discurso relativo a derechos fundamentales el Tribunal Constitucional —y otros tribunales— entran también cuando no se trata del control posterior de las leyes ya aprobadas por el Parlamento, sino de la aplicación del derecho vigente. Ya sea porque colisionen entre sí en un caso particular varios derechos fundamentales, ya sea porque leyes simples, emitidas a la luz de un derecho fundamental, colisionen con otros derechos fundamentales, en muchos casos y en muchos niveles de la administración de justicia entran en juego principios que hacen menester una interpretación constructiva del caso particular en el sentido de Dworkin. Ciertamente, el Tribunal Constitucional sólo tiene que ver con estos casos de colisión; sus decisiones tienen casi siempre el carácter de decisiones acerca de principios. De ahí que en la jurisprudencia constitucional —al igual que tendencialmente en los tribunales superiores— se acumule y agudice esa problemática de la «indeterminación del derecho» que ya hemos discutido. El Tribunal Constitucional alemán abordó ofensivamente esta problemática (en una resolución del

4. H. Kelsen, *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, p. 25.
5. *Ibid.*, p. 54.

14 de febrero de 1973) refiriéndose al artículo 20 sec. 3 de la GG: «El derecho no se identifica con la totalidad de las leyes escritas. Frente a lo positivamente establecido por el poder del Estado puede haber a veces un *plus* en lo que toca a derecho, que tiene su fuente en el orden constitucional considerado como una totalidad de sentido y que puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrar ese *plus* y realizarlo en sus decisiones es tarea de la jurisprudencia constitucional»[6]. De lo que en definitiva se trata es de «encontrar» la solución correcta, elaborándola, como se dice después, en una «argumentación racional». Otras formulaciones, que atribuyen al Tribunal Constitucional la función de desarrollar el derecho «interpretándolo y aplicándolo en términos creativos», parecen indicar, empero, una autocomprensión quizá algo más problemática del Tribunal Constitucional. Pero a tal duda K. Hesse le sale al paso con una fría consideración, que creo justificada conforme a lo dicho en el capítulo anterior: «Las decisiones del Tribunal Constitucional contienen sin duda un momento de configuración creadora. Pero *toda* interpretación tiene un carácter creador. Y sigue siendo *interpretación* aun cuando sirva a responder a cuestiones de derecho constitucional y tenga por objeto normas de la amplitud y apertura de las que son propias del derecho constitucional. La concretización de tales normas puede ofrecer mayores dificultades que la de preceptos elaborados con mucho más detalle; pero esto no cambia nada en el hecho de que en ambos casos se trata de procesos estructuralmente análogos»[7]. Desde este punto de vista las competencias, más amplias, del Tribunal Constitucional no tendrían por qué poner en peligro la lógica de la división de poderes.

(2) Los críticos tampoco se apoyan primariamente en consideraciones metodológicas, sino que adoptan una perspectiva histórica para constatar en la evolución del sistema jurídico en conjunto un cierto desplazamiento del centro de gravedad desde los parlamentos a los tribunales constitucionales, preocupante desde la perspectiva de los principios del Estado de derecho. Autores como E. W. Böckenförde, E. Denninger y D. Grimm[8] subrayan el contraste entre la situación constitucional que representa un orden político-jurídico global que no sólo garantiza una protección comprehensiva de los derechos individuales, sino que se cuida también del bienestar y la seguridad de los ciudadanos (asumiendo, por tanto, también una especie de

6. BVerGE 34, 269, p. 304.
7. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1990, p. 219.
8. E. W. Böckenförde, *Recht, Freiheit, Staat*, Frankfurt a. M., 1991; E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990; D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a. M., 1991.

garantía para los casos de mermas de *status* y para los casos de riesgos condicionados por el desenvolvimiento de la sociedad), por un lado, y aquella situación constitucional de partida representada por una separación entre Estado y sociedad, sobre todo cuando tal situación se describe en términos típico-ideales, por otro. Conforme a este modelo liberal de la sociedad, la Constitución tenía antaño la finalidad de establecer una separación entre la esfera que representaba una sociedad centrada en la economía, ajena al Estado, en la que los individuos buscaban su felicidad y perseguían sus intereses en términos de economía privada, y la esfera estatal de la persecución del bien común: «En todo caso no era función de la Constitución concertar la esfera del bien individual y la esfera del bien común bajo una idea cuyo contenido abrazara a ambas»[9]. Tareas y metas del Estado quedaban dejadas a la política. Conforme a la comprensión liberal no eran objeto de normación constitucional. A esto responde la comprensión de los derechos fundamentales como derechos de defensa referidos al Estado. Como sólo fundan pretensiones de omisión o no intervención que los ciudadanos entablan o pueden entablar contra el Estado, son «inmediata» o «directamente» válidos. Y esto implicaba un condicionamiento relativamente claro de la administración de justicia. También el legislador establecía una situación jurídica bien clara y abarcable. Pues podía limitarse a garantizar el orden público, a prevenir abusos de la libertad económica, así como a delimitar con precisión, mediante leyes generales y abstractas, las posibilidades de intervención de la Administración estatal y los espacios de actividad que le estaban reservados.

En el modelo liberal, de la estricta vinculación de la justicia y de la Administración a la ley resulta aquel esquema clásico de la división de poderes que tenía por objeto disciplinar en términos de Estado de derecho el arbitrio del poder estatal absolutista. La distribución de las competencias entre los poderes del Estado puede proyectarse sobre los ejes temporales de las decisiones colectivas del siguiente modo: la práctica de las decisiones judiciales puede entenderse como acción orientada al pasado, que queda vinculada a las decisiones del legislador político solidificadas en derecho vigente, mientras que el legislador toma decisiones orientadas al futuro que ligan la acción futura, y la Administración hace frente a problemas que apremian en la actualidad. Este modelo queda todo él bajo la premisa de que la Constitución de un Estado democrático de derecho tiene como objetivo primario prevenir los peligros que pueden presentarse en la dimensión Estado-ciudadano, es decir, en las relaciones entre el aparato estatal monopolizador de la violencia y per-

9. E. Denninger, [illegible]

sonas privadas desarmadas. En cambio, las relaciones horizontales entre las personas privadas, sobre todo las relaciones intersubjetivas que constituyen la práctica que los ciudadanos ejercitan en común, no tienen para el esquema liberal de la división de poderes ningún efecto formador de estructuras. Con ello casa por lo demás una idea positivista del derecho como un sistema de reglas recursivamente cerrado.

Si se parte de este modelo, el orden jurídico «materializado» que representa el Estado social, orden que no sólo se compone (y ni siquiera en primer término) de programas condicionales claramente recortados, sino que contiene objetivos políticos y en la aplicación del derecho ha menester de una fundamentación a partir de principios, puede aparecer como una socavación o conmoción, e incluso como una corrupción de la arquitectónica constitucional. Vista desde la tesis positivista de la separación la «materialización» del derecho trae consigo una «remoralización» en la medida en que la argumentación jurídica ha de abrirse a argumentos concernientes a principios morales y a argumentos concernientes a objetivos políticos que *relajan* la vinculación lineal de la justicia a lo previamente establecido por el legislador político. Las normas concernientes a principios, que ahora embeben todo el orden jurídico, exigen una interpretación constructiva del caso particular, referida al sistema de reglas en conjunto, y muy sensible al contexto. Y bien puede ser que la «situatividad» de una aplicación de normas, orientada al conjunto de la Constitución, refuerce en los ámbitos no formalizados de acción la libertad y responsabilidad de los sujetos que actúan comunicativamente; pero dentro del sistema jurídico significa un aumento de poder de la Justicia y una ampliación del ámbito de las decisiones judiciales, que amenazan con desequilibrar el armazón normativo del Estado clásico de derecho a costa de la autonomía de los ciudadanos[10]. Pues con la orientación por normas referentes a principios la administración de justicia tiene que aplicar a problemas del presente y del futuro una mirada que propiamente habría de estar dirigida al pasado, es decir, a la historia institucional del orden jurídico. Por un lado, es lo que también teme Ingeborg Maus, la Justicia se interfiere en competencias legislativas para las que no tiene ninguna legitimación democrática; por otro lado, fomenta y confirma una estructura flexible del derecho que viene a favorecer la autonomía del aparato estatal, de suerte que la legitimación democrática del derecho también se ve socavada por este lado.

En las decisiones del Tribunal Constitucional críticos atentos como Böckenförde, Denninger y Maus han descifrado una dogmáti-

10. I. Maus, «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts»: *Rechtstheorie* 20 (1989), pp. 191-210.

ca implícita de los derechos fundamentales, que tiene en cuenta el hecho de que el sistema de los derechos ya no puede garantizarse suponiendo como base una sociedad emancipada, suelta, centrada en la economía, que se reproduce a sí misma espontáneamente a través de las decisiones autónomas de los individuos privados, sino que ha de tornarse efectivo a través de la acción garantizadora y las operaciones de un Estado que controle en términos reflexivos, que disponga las infraestructuras necesarias, que prevenga riesgos, que regule, que posibilite y que compense. Y sobre todo, en sociedades complejas con subsistemas horizontalmente diferenciados y concatenados el efecto protector que los derechos fundamentales tienen, ya no debe quedar referido solamente al poder administrativo, sino en general al poder social de organizaciones fuertes. Además, ese efecto protector ya no debe definirse solamente en términos negativos, es decir, como defensa frente a intervenciones indebidas, sino que funda también pretensiones a contar con garantías positivas. En sus decisiones el Tribunal Constitucional alemán califica por eso a los derechos fundamentales de principios de un orden jurídico global, cuyo contenido normativo estructura al sistema de reglas en conjunto. Y partiendo de eso, la dogmática alemana de los derechos fundamentales se ocupa sobre todo de la «interacción» (*Wechselwirkung*) entre los derechos fundamentales —sólo ya intangibles en su «contenido esencial» (*Wesensgehalt*)— y las leyes simples; de las «barreras inmanentes a los derechos fundamentales» (*immanente Grundrechtsschranken*) que de ello se siguen incluso para los derechos subjetivo-públicos absolutamente válidos; de la «irradiación» (*Austrahlung*) de los derechos fundamentales sobre todos los ámbitos del derecho y del «efecto sobre terceros» (*Drittwirkung*) de los deberes y derechos horizontales de las personas privadas entre sí; de los encargos de acción, y de los deberes de protección y provisión por parte del Estado, que cabe deducir del carácter de derecho objetivo que los derechos fundamentales tienen como principios elementales de orden; y, finalmente, de la «protección dinámica de los derechos fundamentales» (*dynamischer Grundrechtsschutz*), y de la conexión procesual del contenido jurídico-subjetivo con el contenido jurídico-objetivo del derecho fundamental.

En esta ramificada discusión no puedo entrar aquí[11]. Pero es indiscutible el cambio en la conceptuación de los derechos fundamen-

11. H. Huber, «Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen» (1955), en Id., *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, Bern, 1971, pp. 157 ss.; P. Häberle, «Grundrechte im Leistungsstaat»: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 30 (1972), pp. 43-131; Id. (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976; E. W. Böckenförde, «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation»: *Neue Juristische Wochenschrift* (1974), pp. 1529 ss.; H. Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen, 1975; U. K. Preuss, *Die Internalisierung des Subjekts*, Frankfurt a. M., 1979.

tales que se refleja en la jurisprudencia constitucional, un cambio desde unos derechos de defensa (*Abwehrrechte*) garantizadores de la libertad y de la legalidad de las intervenciones de la Administración, a unos principios sustentadores del orden jurídico que, aunque de una manera no del todo clara en lo tocante a conceptos básicos, logran conservar su contenido de derechos subjetivos de libertad dentro del contenido jurídico-objetivo de normas-principio constituidoras de estructura que todo lo impregnan. A este cambio responden desde puntos de vista metodológicos otros tantos «conceptos clave del derecho constitucional» (Denninger) como son el principio de proporcionalidad, la reserva de lo posible, la limitación de derechos fundamentales inmediatamente válidos por derechos fundamentales de terceros, la protección de los derechos fundamentales mediante organización y procedimiento, etc. Dichos conceptos sirven en caso de colisión a relacionar entre sí diversas normas, con la vista puesta en la «unidad de la Constitución»: «Con el desarrollo de conceptos clave de tipo relacional, referidos a casos y a problemas, el Tribunal Constitucional ha reconocido y subrayado la estructura "abierta" (dentro de límites a determinar) de la Constitución»[12]. Estos conceptos clave, nacidos de la propia práctica de la toma de decisiones, pueden entenderse en parte como principios procedimentales en los que se reflejan las operaciones de esa interpretación constructiva del caso particular a partir de un orden jurídico racionalmente reconstruido, que Dworkin exige. Y así, pese a sus acerbas críticas de detalle, Denninger concluye con una valoración positiva en conjunto: «Con el desarrollo de los "conceptos clave" el Tribunal Constitucional junto a las figuras jurídicas clásicas de la Constitución escrita se ha confeccionado un instrumental altamente sensible, cuya estructura conceptual y grado de complejidad parecen adecuados a la estructura de los problemas planteados, en particular de aquellos que exigen una mediación entre el micronivel (nivel individual de acción) y macronivel (nivel sistémico)... Es precisamente esa su estructura relacional la que capacita a los conceptos clave para formular los problemas de derecho constitucional en un plano que permite evitar empecinarse unilateralmente en el aspecto protección-defensa-Estado o empecinarse unilateralmente en el aspecto planificación-Estado social. En ese nivel puede lograrse asociar en categorías de derecho constitucional de carácter comprehensivo al Estado social, con sus "prestaciones" y funciones "redistributivas" articuladas en términos de derecho *administrativo*, y al Estado de derecho garantizador de las situaciones de propiedad adquiridas»[13].

12. E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, p. 176.
13. *Ibid.*, pp. 174 s.

(3) A un juicio completamente distinto acerca de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, descrita y diagnosticada en términos similares, llega Böckenförde. Mientras que Denninger, analizando sentencias del Tribunal, constata una *tendencia* que podría ser síntoma de un preocupante tránsito desde la dominación legal de corte liberal a una «dominación a base de una legitimidad sancionada judicialmente», Böckenförde ve en todo ello un *dilema* inevitable. Piensa que el tránsito del Estado legislador parlamentario al Estado-jurisdicción del Tribunal Constitucional es incontenible si no se logra restaurar aún una comprensión liberal del derecho. La *jurisdictio* está pensada aquí en el sentido premoderno del poder basado en el derecho suprapositivo, que asistía al príncipe en su calidad de juez supremo y que precedía a la disyunción que el Estado de derecho comporta entre producción y aplicación del derecho: «Bajo el signo de que en lo que respecta a derecho objetivo, los derechos fundamentales tienen el efecto de principios, se produce, considerando las cosas tipológicamente, una equiparación y aproximación de la producción parlamentaria del derecho y del desarrollo del derecho por parte del Tribunal Constitucional. La primera queda rebajada de producción original del derecho a concretización de él, y la segunda queda levantada de aplicación interpretativa del derecho a concretización creadora de derecho... La diferencia, antes cualitativa, entre producción normativa y administración de justicia, tiende a quedar neutralizada. Pues lo que ambas hacen es crear derecho en forma de concretización de él, y compiten en tal tarea. En esta relación de competencia el legislador tiene la prioridad, pero el Tribunal Constitucional tiene la primacía... La cuestión que todo ello suscita es la de la legitimación democrática del Tribunal Constitucional»[14]. Böckenförde está convencido de que los principios del Estado de derecho sólo son compatibles con una comprensión liberal de los derechos fundamentales como libertades subjetivas de acción inmediatamente válidas de las personas privadas frente al Estado, pues de otro modo no podría mantenerse la separación funcional entre administración de justicia y producción legislativa ni, por tanto, la sustancia democrática del Estado de derecho: «Quien en lo que respecta a la formación del derecho quiera mantener la función determinante del Parlamento, y quiera evitar la progresiva reestructuración del edificio constitucional en favor de un Estado-jurisdicción del Tribunal Constitucional, habrá de atenerse también a que los derechos fundamentales —judicialmente accionables— "sólo" son derechos subjetivos de libertad frente al poder del Estado y no

14. E. W. Böckenförde, «Grundrechte als Grundsatznormen», en Id., *Recht, Freiheit, Staat*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 189 ss.

simultáneamente normas-principios objetivos (obligatorios) para todos los ámbitos del derecho»[15].

Pero esta alternativa sólo se plantea como un dilema inevitable cuando se atribuye un primado normativo al modelo liberal de la separación entre Estado y sociedad. Mas con ello no estaríamos sino desconociendo la posición que compete a ese modelo en las discusiones de derecho constitucional. Pues el paradigma liberal del derecho no es una *descripción* simplificadora de una situación histórica de partida, que hubiésemos de tomar *at face value*; antes dice cómo podrían realizarse los principios del Estado de derecho bajo las condiciones, hipotéticamente *supuestas*, de una sociedad liberal. Este modelo depende todo él de los presupuestos de la economía política clásica relativos a teoría de la sociedad, que ya se vieron sacudidos por la crítica de Marx, y que no pueden ya aplicarse a las sociedades postindustriales desarrolladas de tipo occidental. Con otras palabras, los principios del Estado de derecho no pueden confundirse con *una* de sus lecturas históricas, ligadas a determinados contextos. El propio Böckenförde nota esta diferencia cuando compara la interpretación de los derechos fundamentales como derechos de defensa referidos al Estado, con el concepto kantiano de derecho. Lo que según Kant había de asegurar la compatibilidad de la libertad de cada uno con iguales libertades subjetivas de todos, queda *recortado* y reducido en el paradigma liberal del derecho a una garantía de la autonomía privada frente al Estado: «En esos derechos fundamentales interpretados como derechos de defensa, no es la libertad del uno la que es tenida por compatible con la del otro en general conforme a una ley general de la libertad, sino la libertad del ciudadano individual con la del Estado»[16]. Si miramos las cosas desde la perspectiva del principio kantiano del derecho, es precisamente el cambio de paradigma que respecto al paradigma liberal representa la concepción del derecho ligada al Estado social el que hace valer de nuevo esos contenidos de derecho objetivo, anejos a los derechos subjetivos de libertad, que venían *ya siempre* contenidos en el sistema de los derechos. Pues con él la «protección de los derechos fundamentales, garantizada judicialmente, pasa a ocuparse crecientemente de la tarea de deslindar entre sí y coordinar esferas de libertad y pretensiones de libertad de las personas privadas, que colisionan entre sí»[17].

A la luz de una comprensión de los derechos articulada en términos de teoría del discurso queda de manifiesto el carácter derivado que tienen los derechos de defensa referidos al Estado: sólo con

15. *Ibid.*, p. 194. A una conclusión neoformalista similar llegan también «críticos de izquierdas» del Tribunal Constitucional; cf. sobre ello D. Grimm, «Reformalisierung des Rechtsstaats?»: *Juristische Schulung* 10 (1980), pp. 704-709.
16. E. W. Böckenförde, «Grundrechte als Grundsatznormen», p. 189.
17. E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, p. 148.

la constitución de un poder estatal el derecho a iguales libertades subjetivas queda *transferido también* a la relación de los miembros de la comunidad jurídica («sociados» primero horizontalmente) con el Ejecutivo estatal. Los derechos que surgen de la unión políticamente autónoma de miembros de una comunidad jurídica libremente asociados, sólo tienen de entrada el sentido intersubjetivo de establecer relaciones simétricas de reconocimiento recíproco. Al reconocerse los individuos mutuamente estos derechos, cobran la posición de sujetos jurídicos libres a la vez que iguales. Este sentido originalmente intersubjetivo sólo se diferencia en contenidos de derecho subjetivo y de derecho objetivo en relación con el problema de la juridificación del poder político (al que, por lo demás, se presupone tácitamente en la constitución del código que es el derecho). El que de una parte de los derechos fundamentales *quedasen borrados* sus contenidos de derecho objetivo hay que hacerlo derivar de una determinada comprensión paradigmática del derecho en general. Y esa comprensión se explica a su vez por la percepción de una determinada situación histórica, mediada a su vez por una determinada concepción de la sociedad, situación en la que la burguesía liberal hubo de aclararse desde sus propias constelaciones de intereses acerca de cómo podían realizarse los principios del Estado de derecho. Para este problema el paradigma liberal del derecho constituyó en su momento una solución extremadamente exitosa y sumamente influyente históricamente; el mismo problema exige hoy, bajo el cambio de circunstancias históricas, que también Böckenförde registra, una respuesta *distinta*.

Ciertamente, tampoco el paradigma que representa la concepción del derecho ligada al Estado social, paradigma que mientras tanto se ha establecido, puede convencer del todo. Las dificultades de este nuevo paradigma que Böckenförde analiza con minucia y agudeza, no son, empero, motivos suficientes para una restauración del anterior[18]. En Estados Unidos se perciben con muchos menos prejuicios los problemas que para la administración de justicia se siguieron de los programas sociales de la era del *New Deal* y de la brusca extensión que experimentaron las pretensiones concernientes a prestaciones sociales durante los años sesenta y setenta determinados por la visión de la *Great Society*. Esta *rights revolution* es entendida como un desafío a interpretar en nuevos términos los principios del Estado de derecho a la luz de nuevas experiencias históricas. Así, por ejemplo, C. R. Sunstein, de las consecuencias socialmente contraproductivas de los programas del Estado social, sólo saca la enseñanza de que ha de llegarse a un nuevo consenso acerca de cómo pueden rea-

18. E. W. Böckenförde, «Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge», en Id., *Recht, Freiheit, Staat*, pp. 146-158.

lizarse los principios de la Constitución americana bajo las condiciones del Estado «regulador».

Como resultado de un análisis de la jurisprudencia de la *Supreme Court* propone una serie de «normas de fondo» que tendrían por fin cambiar la lectura paradigmática de los principios del Estado de derecho: «Donde hay ambigüedad, los tribunales deberían construir estatutos regulativos, de suerte que (1) se prohíba que decidan asuntos importantes actores a los que no se pueda pedir responsabilidad política; (2) que los problemas de acción colectiva no subviertan los programas jurídicos; (3) que las distintas leyes regulativas queden coordinadas, en la medida de lo posible, en un todo coherente; (4) que a las leyes obsoletas se las pueda hacer consistentes con los cambiantes desarrollos del derecho, de la política, y de los hechos; (5) que se mantengan estrechas las cualificaciones y restricciones procedimentales de los derechos substantivos; (6) que se tenga en cuenta el complejo efecto sistémico de la regulación; y, mucho más general, (7) que se evite la irracionalidad y la injusticia, en tanto que medidas por los propios fines y objetivos de los estatutos...»[19]. La propuesta de Sunstein, que ofrece paralelos con la explicación que da Denninger de los «conceptos clave» de derecho constitucional, me interesa en este lugar por dos razones. Por un lado, representa un buen ejemplo de contribución a la discusión sobre paradigmas, que no pierde de vista el sentido original, demócrata-radical, del sistema de los derechos: «Pese a su número y variedad, los principios vienen unidos por ciertos fines generales. Éstos incluyen sobre todo el esfuerzo por promover la deliberación en el gobierno, por crear sustitutos de ella cuando se halla ausente, por limitar el faccionalismo y la representación autointeresada, y por promover la igualdad política»[20]. Por otro lado, la propuesta revela una conciencia de la diferencia entre los principios del Estado de derecho y sus lecturas paradigmáticas. La tentación de retornar a la comprensión liberal de los derechos fundamentales[21] se explica por una preterición de esa diferencia.

El paradigma liberal del derecho representó hasta el primer tercio del siglo XX un consenso de fondo ampliamente difundido entre los profesionales del derecho, con lo cual proporcionó también a la aplicación del derecho un contexto de máximas de interpretación *que no se cuestionaban*, que se consideraban obvias y fuera de toda duda. Esta circunstancia explica el espejismo (actual) de que en esa época el derecho había podido aplicarse sin necesidad de recurrir a principios necesitados de interpretación y a controvertidos «con-

19. C. R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, Cambridge, Mass., 1990, pp. 170 s.
20. *Ibid.*, p. 171.
21. Cf. D. Grimm, «Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?», en Id., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 221-240.

ceptos clave». Pero en realidad, todo orden jurídico que se justifica a partir de principios, depende de una interpretación constructiva y, por tanto, de lo que Sunstein llama «normas de fondo». Toda decisión que verse sobre principios va más allá de una interpretación del texto de la ley y ha menester, por tanto, de una justificación externa: «El texto de la ley es el punto de partida pero sólo se torna inteligible merced al contexto y a las normas de fondo que le dan contenido. Habitualmente, el contexto es aproblemático, y las normas resultan tan ampliamente compartidas e incontrovertidas que el texto solo *parece* ser base suficiente de interpretación. Pero en muchos casos, el texto, en conjunción con tales normas, producirá ambigüedad, superinclusividad, o subinclusividad; en tales casos los tribunales tienen que buscar en otra parte. Las consideraciones contextuales de varios tipos —incluyendo la historia legislativa, el propósito de las leyes, y la razonabilidad práctica de un punto de vista u otro— pueden suministrar considerable ayuda en estas circunstancias. Pero la historia podría ella misma ser ambigua, o ser obra de un grupo no representativo, autointeresado, y el problema de caracterizar el propósito o finalidad en un cuerpo multimembre conducirá, en muchos casos, a los problemas habituales de ambigüedad, huecos, superinclusividad o subinclusividad. En tales casos los tribunales habrán de recurrir a menudo a "normas de fondo" altamente artificiosas y susceptibles de contestarse»[22].

Mas esta consideración deja abierta la cuestión de si el inevitable recurso a tales «normas de fondo» no abre al Tribunal Constitucional la puerta para una «creación de derecho» de inspiración política, que, conforme a la lógica de la división de poderes, habría de quedar reservada al legislador democrático.

II

(1) Las reservas contra la legitimidad de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán no solamente se apoyan en una consideración de un cambio de paradigma, sino que se vinculan con supuestos metodológicos. A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, la crítica puede referirse en la República Federal de Alemania a una «teoría de los valores» desarrollada por el propio Tribunal, es decir, a una autocomprensión metodológica de los jueces, que ha tenido problemáticas consecuencias para la decisión de importantes casos de prioridad. Pero la justificada crítica de esa «jurisprudencia de valores» (*Wertejudikatur*) se endereza a menudo demasiado *directamente* contra las consecuencias que suscitan preocupación desde la

22. C. R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, p. 157.

perspectiva de la salvaguarda del Estado de derecho, mas sin dejar claro que por de pronto esas consecuencias son sólo secuelas de una falsa autointerpretación. Y con ello se pierde de vista la alternativa que representa esa comprensión correcta que es la interpretación constructiva, conforme a la cual los derechos no pueden asimilarse a valores.

El Tribunal Constitucional alemán entiende la *Grundgesetz* (la Constitución) de la República Federal de Alemania no tanto como un sistema de reglas estructurado por principios, sino, recurriendo para ello a las éticas materiales de los valores (del tipo de la de Max Scheler o Nicolai Hartmann), como un «orden concreto de valores». De acuerdo en ello con la letra y con el tenor de importantes sentencias del Tribunal Constitucional alemán, también Böckenförde entiende los principios como valores: «las normas objetivas concernientes a principios» o «normas-principios del orden jurídico objetivo» descansarían en «decisiones valorativas». Y al igual que I. Maus[23], también él se suma a la propuesta de R. Alexy en el sentido de entender los principios, de tal guisa transformados en valores, como mandatos de optimización, cuya intensidad permanece abierta. Esta interpretación viene a ajustarse a una expresión algo laxa, pero habitual entre los juristas, que hablan de una «ponderación de bienes» (*Güterabwägung*). Si los principios sientan un valor que debe ser realizado de forma óptima, y si el grado de cumplimiento de este mandato de optimización no puede obtenerse de la norma misma, pues la norma ni lo establece ni lo puede establecer, la aplicación de tales principios en el marco de lo fácticamente posible hace menester una ponderación orientada a fines. Pero como ningún valor puede pretender de por sí una primacía incondicional sobre los demás valores, con tal operación de ponderación o sopesamiento la interpretación del derecho vigente se transforma en el negocio de una *realización de valores*, que concretiza a éstos orientándose por el caso concreto: «La concretización es la implementación creadora de algo que sólo viene fijado en lo tocante a orientación o a principio y que en todo lo demás está abierto y ha menester que se lo determine y se lo configure para convertirlo en una norma aplicable. Hace ya tiempo que Hans Huber llamó la atención acerca de que la necesidad de concretización de los derechos fundamentales —entendidos como normas fundamentales—, necesidad que se sigue de su multilateral validez, alcance e indeterminación, no debería confundirse con una necesidad de interpretación... Por mor de la claridad añadamos que esta actividad legislativa referida al caso concreto, al presentarse como interpretación de la Constitución, tiene rango constitucional y tiene, por

23. I. Maus «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts»: *Rechtstheorie* 20 (1989), p. 199.

tanto, el rango de ley constitucional o ley orgánica»[24]. Böckenförde toma, pues, a la letra la autocomprensión metodológica del Tribunal Constitucional alemán y la critica recurriendo a la tesis de Carl Schmitt de la «tiranía de los valores», sin percatarse de que el problema propiamente dicho es la asimilación de los principios jurídicos a valores.

Los principios o normas de orden superior, a cuya luz pueden justificarse otras normas, tienen un sentido deontológico, los valores, en cambio, un sentido teleológico. Las normas válidas obligan a sus destinatarios sin excepción y por igual a practicar un comportamiento que cumple expectativas generalizadas de comportamiento, mientras que los valores hay que entenderlos como preferencias intersubjetivamente compartidas. Los valores expresan la preferibilidad de bienes que en determinados colectivos se consideran deseables y que pueden adquirirse o realizarse mediante una acción enderezada a ese fin. Las normas se presentan con una pretensión binaria de validez y son, o bien válidas, o bien no válidas; frente a los enunciados normativos, al igual que frente a los enunciados asertóricos, sólo podemos tomar postura con un «sí» o con un «no», o absteniéndonos de juzgar. En cambio, los valores fijan relaciones de preferencia que dicen que determinados bienes son más atractivos que otros; de ahí que nuestro asentimiento a los enunciados valorativos consienta grados. La validez deontológica de las normas tiene el sentido absoluto de una obligación incondicional y universal: lo debido pretende ser bueno para todos por igual. La atractividad de los valores tiene el sentido relativo de una apreciación de bienes a la que se está habituado o que se ha adoptado en una determinada cultura o en una determinada forma de vida: las decisiones valorativas decisivas o preferencias de orden superior dicen qué es lo que, consideradas las cosas en conjunto, es bueno para nosotros (o para mí). Distintas normas no pueden contradecirse unas a otras si pretenden validez para el mismo círculo de destinatarios; tienen que guardar una relación coherente, es decir, formar sistema. Los diversos valores, en cambio, compiten por ser los primeros; en la medida en que consiguen reconocimiento intersubjetivo dentro de una cultura o de una forma de vida, constituyen configuraciones a la vez flexibles y tensas.

Las normas y valores se distinguen, pues, primero, por la referencia que, respectivamente, hacen a la acción «deontológica», es decir, a la acción sujeta a obligaciones, y a la acción teleológica; segundo, por la codificación, bien binaria, bien gradual, de su pretensión de validez; tercero, por su tipo de carácter vinculante, absoluto en caso de las normas, y relativo en el caso de los valores; y,

24. E. W. Böckenförde, *Recht, Freiheit, Staat*, pp. 186 s.

cuarto, por los criterios a los que han de satisfacer los sistemas de normas, por un lado, y los sistemas de valores, por otro. Porque las normas y los valores se distinguen en estas propiedades lógicas, de ello se siguen también importantes diferencias para su aplicación.

El que en el caso particular yo deje determinarme en mi acción por normas o por valores, tiene en cada caso por consecuencia una orientación distinta de la acción. La cuestión de qué debo hacer en una situación dada se plantea y se responde de forma distinta en ambos casos. A la luz de normas puede decidirse qué es obligatorio hacer, a la luz de valores puede decidirse cuál es el comportamiento mejor y más recomendable. El problema de aplicación exige, naturalmente, en ambos casos la selección de la acción correcta. Pero «correcta» es, si partimos de un sistema de normas válidas, la acción que es buena *para todos* por igual; en cambio, en relación con una constelación valorativa típica de nuestra cultura o de nuestra forma de vida, «correcto» es aquel comportamiento que en conjunto y a largo plazo es bueno *para nosotros*. En el caso de principios jurídicos o bienes jurídicos esta diferencia se pasa a menudo por alto porque siempre el derecho positivado vale solamente para un determinado ámbito y para un círculo de destinatarios correspondientemente definido. Pero sin perjuicio de esta delimitación fáctica del ámbito de validez, los derechos fundamentales cobran un sentido distinto según que se los entienda en el sentido de Dworkin como principios jurídicos deontológicos, o en el sentido de Alexy como bienes jurídicos optimizables. En tanto que normas regulan una materia en interés de todos por igual; en tanto que valores constituyen, en la configuración que forman con otros valores, un orden simbólico en el que se expresan la identidad y forma de vida de una comunidad jurídica particular. Ciertamente, en el derecho penetran también contenidos teleológicos; pero el derecho definido por un sistema de los derechos domestica, por así decir, los objetivos y orientaciones valorativas del legislador mediante una estricta *primacía* de los puntos de vista normativos. Quien hace agotarse una Constitución en un orden concreto de valores, desconoce su específico sentido jurídico; pues como normas jurídicas, los derechos fundamentales, al igual que las reglas morales, están formados conforme al modelo de normas obligatorias de acción, y no conforme al modelo de bienes apetecibles.

Consideradas las cosas desde el punto de vista de un análisis conceptual, la distinción terminológica entre normas y valores *sólo* resulta superflua en aquellas teorías que pretenden para los valores o bienes supremos una validez universal, como sucede en las versiones clásicas de la ética de los bienes. Estos planteamientos ontológicos objetualizan los bienes y valores y los convierten en entidades en sí; pero en nuestra situación de pensamiento postmetafísico a tales planteamientos apenas si se los puede defender ya. En las teorías

contemporáneas de este tipo los valores o bienes presuntamente universales cobran una forma hasta tal punto abstracta, que no es difícil reconocer en ellos principios deontológicos tales como la dignidad humana, la solidaridad, la autorrealización y la autonomía[25]. La transformación conceptual de los derechos fundamentales en valores fundamentales significa un enmascaramiento teleológico de los derechos, que no contribuye por cierto a percatarse de la circunstancia de que, en los contextos de fundamentación, las normas y los valores desempeñan *papeles distintos* en lo tocante a *lógica de la argumentación*. Las teorías postmetafísicas de los valores tienen, por tanto, en cuenta la particularidad de los valores, la flexibilidad de las relaciones jerárquicas que hay que establecer entre los valores, y la validez simplemente local de las configuraciones de valores. Y hacen derivar los valores, o bien de tradiciones y orientaciones valorativas a las que se está culturalmente habituado, o bien, cuando quieren acentuar el carácter subjetivo y consciente de la elección de valores, de decisiones existenciales acerca de metapreferencias y *higher order volitions*[26].

En la discusión paralela de los constitucionalistas americanos, se distingue con más claridad que en el debate alemán entre planteamientos que entienden los derechos fundamentales como principios jurídicos y planteamientos que los entienden como orientaciones valorativas. Así por ejemplo, P. Brest, en un artículo en el que da una visión de conjunto, marca claramente la oposición entre las *rights theories* y los planteamientos adscritos a un *moral conventionalism*[27]. Asimismo, J. H. Ely, en su discusión con una jurisprudencia constitucional en la que se entrelazan moral y derecho, distingue entre la comprensión deontológica de los derechos fundamentales, que recurre a derechos suprapositivos, a la razón o a principios procedimentales neutrales, por un lado, y la concepción de los derechos fundamentales en términos de teoría de los valores, que se remite a la tradición y a un consenso que se ha asumido o en el que se ha crecido, por otro[28].

Una variante neoaristotélica de la doctrina del orden valorativo es la que, por ejemplo, defiende en Estados Unidos Michael J. Perry. Entiende el texto constitucional como documento fundacional y expresión de la autocomprensión ética de una comunidad histórica,

25. Ch. Taylor, *Sources of the Self*, Cambridge, Mass., 1989; cf. mi crítica en J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 176-185.
26. H. Frankfurt, «Freedom of the Will and the Concept of the Person», en Id., *The Importance of what we know about*, Cambridge, Mass., 1988, pp. 11-25.
27. P. Brest, «The Fundamental Rights Controversy», *Yale Law Journal* 90 (1981), pp. [illegible]
28. J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., [illegible]

limpiando así de sus rasgos empiristas al convencionalismo moral, el cual ve enraizados los valores fundamentales de la Constitución en el consenso valorativo, dominante en cada caso, de la mayoría de la población. La Constitución funda, al igual que un texto sagrado, nuevas ideas, a cuya luz la comunidad puede reconocer sus más profundas aspiraciones y sus verdaderos intereses: «Desde este punto de vista, nuestra vida política incluye un discurso moral continuo de unos con otros, en un esfuerzo por alcanzar respuestas cada vez mejor articuladas y convincentes a la cuestión de cuál son nuestros intereses reales, en contraposición con nuestras preferencias de hecho, y, por tanto, a la cuestión de qué clase de personas, con qué proyectos, objetivos e ideales, debemos ser... La política deliberativa es un instrumento esencial de autoconocimiento»[29]. El discurso ético-político de autocomprensión o autoentendimiento de los ciudadanos encuentra su acuñación más concentrada en una jurisprudencia constitucional orientada a valores, la cual se apropia herméneuticamente el sentido originario de la Constitución actualizándolo creativamente frente a los cambiantes desafíos históricos. De forma aún más pronunciada que la hermenéutica jurídica que aquí en nuestro país se presenta ligada a Gadamer, Perry ve al juez constitucional en el papel de un maestro y profeta, que con su interpretación de la palabra divina de los padres fundadores asegura la continuidad de una tradición constitutiva de la vida de la comunidad. Para lo cual, el juez, ni puede atenerse a la letra estricta, ni tampoco depender de las convicciones mayoritarias: «"Interpretar" alguna provisión de la Constitución es, en lo esencial, asegurarse de su sentido aspiracional y después hacer valer ese sentido, es decir, responder a la cuestión de qué significa esa aspiración para el conflicto ante el que se está y qué es lo que esa aspiración, cuando se la acepta, exige que el tribunal haga»[30].

Tal *jurisprudencia de valores* arroja, en efecto, el problema de legitimidad que Maus y Böckenförde analizan en lo tocante a la práctica de toma de decisiones del Tribunal Constitucional alemán. Pues hace menester ese tipo de concretización de normas, implícitamente productora de derecho, que ponen a la toma de decisiones del Tribunal Constitucional en competencia con el poder legislativo. Y Perry saca con toda desenvoltura la siguiente consecuencia de esa reinterpretación de los derechos fundamentales que los convierte de principios deontológicos en bienes jurídicos teleológicos que constituirían un orden objetivo de valores que ligaría por igual, tanto a la justicia, como al legislador, a la eticidad sustancial de una

29. M. J. Perry, *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1988, pp. 152 ss.
30. *Ibid.*, pp. 135 s.

determinada forma de vida: «El *judicial review* es deliberadamente una institución contramayoritaria»[31].

El Tribunal Constitucional se transforma así en una instancia autoritaria, al haber de dejarse guiar por la idea de realización de unos valores materiales que vendrían previamente dados en términos de derecho constitucional. Pues si en caso de colisión *todas* las razones pueden cobrar el carácter de argumentos concernientes a fines, desaparecen esos cortafuegos que con la comprensión deontológica de las normas y principios jurídicos quedan introducidos en el discurso jurídico.

En cuanto los derechos individuales se transforman en bienes y valores, en el caso individual han de competir por la primacía en el mismo nivel que otros bienes y los valores. Pues de por sí un valor es tan particular como cualquier otro, mientras que las normas deben su validez a un test de universalización. En palabras de Denninger: «Los valores sólo pueden ser relativizados a su vez por valores; pero el proceso de preferir unos valores a otros o de posponer unos valores a otros escapa a todo rigor conceptual y lógico»[32]. También por esta razón entiende Dworkin los derechos como «triunfos» que en el discurso jurídico pueden jugarse contra los argumentos relativos a fines. Ciertamente, en el contexto concreto de fundamentación de la decisión de un caso particular, no todo derecho puede imponerse contra todo bien colectivo, pero solamente no podrá imponerse cuando la primacía de un bien colectivo pueda justificarse a su vez a la luz de principios. Porque las normas y principios, en virtud del sentido deontológico de su validez, pueden pretender una *obligatoriedad general* y no una *preferibilidad particular* o *especial*, poseen una fuerza justificatoria mayor que los valores; los valores han de ser puestos de caso a caso en una relación u orden transitivo con los demás valores. Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o a jerarquías a los que se está acostumbrado[33].

En la medida en que un tribunal constitucional adopta la «teoría de los valores» o «teoría del orden valorativo» y la pone a la base de su práctica de toma de decisiones, aumenta el peligro de juicios irracionales porque con ello cobran primacía los argumentos funcionalistas a costa de los argumentos normativos. La «capacidad de funcionamiento» del ejército o de la administración de justicia, la «paz» específica de un ámbito, la «seguridad del Estado como estructurado poder de paz y orden», el comportamiento favorable a la Federación o «fidelidad a la Federación», estos «principios» y otros semejantes constituyen, ciertamente, puntos de vista bajo los que pueden introducirse argumentos en un discurso jurídico en caso de colisión de normas; pero estos argumentos sólo pueden «contar» en el mismo grado en que «cuenten» los principios jurídicos a cuya luz se justifican a su vez tales objetivos y bienes. Pues en *última instancia* son sólo derechos los que deben convencernos en el juego argumentativo. Es este umbral el que queda neutralizado por la equiparación contraintuitiva de los principios jurídicos con bienes, objetivos y valores: «Las garantías constitucionales de libertad se encuentran en este caso en competencia con "principios" que no sólo por su contenido, sino también por toda su estructura, son principios que les son antitéticos, como son la capacidad de funcionamiento de la organización de la administración penal, la capacidad de funcionamiento del ejército o la capacidad de funcionamiento de las empresas y de la economía global... Estos (al igual que otros) bienes colectivos, el Tribunal Constitucional los transforma en encargos constitucionales directos que el legislador está obligado a ejecutar, con unos costes para los derechos de libertad, que se determinan en cada caso conforme a la situación»[34].

31. *Ibid.*, p. 149.
32. E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, p. 147.
33. Como los llamados bienes jurídicos carecen de unidades de medida unívocamente aplicables, tampoco es de mucha utilidad el tipo de ponderación que en términos de un modelo economicista de fundamentación ha propuesto R. Alexy (*Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 532 ss.). Cf. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988, pp. 268 ss.

En cambio, en cuanto los derechos fundamentales son tomados en serio en su sentido deontológico, quedan sustraídos a tal análisis «costes-beneficios». Y esto vale también para las normas «abiertas», que, a diferencia de los programas condicionales, no están referidas a casos estándar fácilmente identificables, sino que están formuladas de suerte que hay que determinarlas en el caso de aplicación y que, por tanto, en un sentido metodológicamente inofensivo, han menester de «concretización». Pues estas normas encuentran en el discurso de aplicación su determinación unívoca. En caso de una colisión con otros preceptos jurídicos no es menester una decisión acerca de en qué grado han de cumplirse en cada caso valores que compiten entre sí. Antes, como hemos mostrado, la tarea consiste en hallar entre las normas aplicables *prima facie* aquella que se acomoda mejor a la situación de aplicación, descrita de la forma más exhaustiva posible desde todos los puntos de vista relevantes. Entre la norma que venga al caso y las normas que —sin perjuicio de seguir siendo válidas— pasan a un segundo plano, hay que poder establecer una relación con sentido, de suerte que no se vea afectada la coherencia del sistema jurídico en conjunto. Las normas que vienen al caso y las

34. I. Maus, «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts»: *Rechtstheorie* 20 (1989), pp. 197 s.

normas que, aun habiendo sido candidatas a ello, no son de aplicación en el caso de que se trate, no se comportan entre sí como valores en competencia que, como mandatos de optimización, hubieran de cumplirse en medida diversa en cada caso, sino como normas «adecuadas» e «inadecuadas». Y adecuación significa aquí validez de un juicio singular deducido a partir de una norma válida, que es el que «satura» a la norma correspondiente.

Una aplicación del derecho orientada por principios ha de entender acerca de qué pretensión o qué acción son de recibo en un conflicto dado, y no acerca del mejor equilibramiento de bienes o de la mejor relación de jerarquía entre valores. Ciertamente, las normas válidas constituyen una estructura flexible de relaciones, en la que tales relaciones pueden desplazarse de caso a caso; pero este desplazamiento está sujeto a la reserva de coherencia, reserva que asegura que todas las normas se articulen en un sistema concertado y coherente que, por su propia idea, sólo permita para cada caso una única solución correcta. La validez jurídica del juicio o fallo tiene el sentido deontológico de un precepto, no el sentido teleológico de lo alcanzable en el horizonte de nuestros deseos en unas circunstancias dadas. Lo que en cada caso es lo mejor para nosotros no coincide *eo ipso* con lo que es bueno para todos por igual.

(2) En lo que respecta al problema de legitimidad de la jurisdicción constitucional, de estas consideraciones metodológicas resultan consecuencias críticas en lo tocante a una falsa autocomprensión y a las consecuencias prácticas de esa autocomprensión, pero no en lo tocante a la posibilidad de una decisión racional de los recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional. Pues la interpretación de principios jurídicos no se distingue básicamente de la interpretación de normas simples (en la medida en que la aplicación de éstas no venga preprogramada condicionalmente a situaciones perfectamente circunscritas). En el proceso de aplicación no necesitan surgir ni en un caso ni en otro huecos de racionalidad. Los complejos pasos de una interpretación constructiva no pueden, ciertamente, normarse en términos de derecho procedimental; pero están sujetos al control que representa la racionalidad procedimental de un discurso de aplicación jurídicamente institucionalizado. En todo caso la jurisprudencia constitucional que parte del caso particular, *se restringe* a la *aplicación* de normas (constitucionales) que se presuponen válidas; por eso, la distinción entre discursos de fundamentación de normas y discursos de aplicación de normas sigue ofreciendo un criterio de deslinde (articulado en términos de lógica de la argumentación) de las tareas que legítimamente pueden cumplir la Justicia y el poder legislativo.

Una actividad judicial regida por principios no tiene por qué vulnerar *per se* esa estructura decisional jerárquicamente articulada,

que tiene por fin asegurar que a *cada* procedimiento de decisión las razones legitimantes que en él resulten decisorias le vengan *dadas* por acuerdos o decisiones de una instancia de nivel superior. Ingeborg Maus ve la lógica de la división de poderes en la próvida y cuidadosa interrupción del circuito de un proceso de legitimación que de otro modo correría el riesgo de cerrarse autorreferencialmente: «En ninguna etapa del proceso de decisión puede el poder político legitimarse recurriendo simplemente al derecho que él mismo ha puesto. El legislador se legitima siguiendo los mandatos procedimentales de la Constitución a la vez que por la efectiva voluntad popular que le antecede, pero no por las leyes simples que él mismo pone. Sólo las instancias aplicadoras del derecho se legitiman por el derecho simple, que ellas empero, precisamente por eso, no necesitan establecer. Esta estructura garantiza a la vez un desconocimiento escalonado de los destinatarios concretos de la decisión en la serie de instancias en que se articula el Estado de derecho...»[35]. La circunstancia de que el Tribunal Constitucional, al igual que el legislador político, queden ligados a «las disposiciones procedimentales de la Constitución» no significa una equiparación de poder judicial y poder legislativo, entendida en términos de competitividad. Al Tribunal Constitucional las razones legitimadoras que tiene que tomar de la Constitución le vienen dadas desde la perspectiva de la aplicación del derecho, y no desde la perspectiva de un legislador que ha de interpretar, *desarrollar* y dar forma al sistema de los derechos al perseguir sus propias políticas. El Tribunal desata y vuelve a atar la gavilla de razones con la que el legislador legitima sus resoluciones, con el fin movilizarlas en favor de una decisión coherente del caso particular, que concuerde con los principios jurídicos vigentes; pero no puede disponer de esas razones de suerte que sirvan a una interpretación, desarrollo y configuración del sistema de los derechos dependiente directamente del Tribunal y, por tanto, a una actividad legislativa implícita.

Tan pronto como una norma no permite tal aplicación coherente, es decir, conforme a la Constitución, se plantea, sin embargo, la cuestión del control abstracto de normas, que por principio ha de efectuarse desde la perspectiva del legislador. Mientras ese control de normas se ejerza en el marco del derecho de revisión judicial y sólo conduzca al rechazo de normas, pero no a encargos al legislador, razones pragmáticas y de política jurídica pueden hablar en favor de la distribución institucional de competencias que se da en la República Federal de Alemania y en Estados Unidos. Pero entonces se plantea la cuestión ulterior de si basta el nombramiento o confirmación parlamentarios de los magistrados del Tribunal Constitucional para satisfacer a la exigencia de una legitimación demo-

35. *Ibid.*, p. 208.

crática del ejercicio judicial de una función que, conforme a la arquitectónica de la Constitución y a la lógica de la división de poderes, ha de entenderse como un delegar en el Tribunal Constitucional las funciones de autocontrol propias del Legislativo.

Sea cual fuere la forma como se juzguen las cuestiones relativas a la *correcta institucionalización* de la división de poderes, un retorno a la concepción liberal del Estado, según la cual «los derechos fundamentales sólo representan derechos subjetivos de libertad frente al poder estatal y no a la vez normas-principio de tipo objetivo, obligatorios para todos los ámbitos del derecho»[36], no es ni necesaria, ni tampoco posible. A la discusión americana acerca de la Constitución le es extraña esta contraposición entre derecho subjetivo y derecho objetivo. Si bajo las condiciones del compromiso que representa el Estado social y que mientras tanto se ha convertido en hábito, no sólo queremos atenernos al Estado de derecho, sino al Estado democrático de derecho y, por tanto, a la idea de autoorganización de la comunidad jurídica, la Constitución ya no puede entenderse como un «orden-marco» que primariamente regule la relación del Estado con los ciudadanos. El poder económico y el poder social han menester de la disciplina del Estado de derecho no menos que el poder administrativo. Por otro lado, la Constitución, en nuestras condiciones de pluralismo social y cultural, tampoco puede entenderse como un orden jurídico global de tipo concreto que impusiese *a priori* a la sociedad una determinada forma de vida. Antes la Constitución fija los procedimientos políticos conforme a los que los ciudadanos, ejercitando su derecho de autodeterminación, pueden perseguir cooperativamente y con perspectivas de éxito el proyecto de establecer formas justas de vida (lo cual quiere decir: cada vez más justas). Sólo las *condiciones procedimentales de la génesis democrática de las leyes* aseguran la legitimidad del derecho establecido. Partiendo de esta comprensión democrática de fondo, también cabe dar a las competencias del Tribunal Constitucional un sentido que responda a la intención a que en el Estado de derecho responde la división de poderes: el Tribunal Constitucional habría de proteger precisamente ese sistema de los derechos que posibilita la autonomía privada y pública de los ciudadanos. El esquema clásico de la separación e interdependencia de los poderes del Estado ya no responde a esta intención porque la función de los derechos fundamentales ya no puede apoyarse en los supuestos de teoría de la sociedad que el paradigma liberal del derecho comporta, es decir, ya no puede agotarse en proteger de las intrusiones del aparato estatal a ciudadanos que de por sí gozasen de autonomía privada. Pues la autonomía privada viene también amenazada por posiciones de poder económico y social y por su parte depende del modo y manera como, y del grado en que, los sujetos pueden efectivamente ejercitar sus derechos de comunicación y participación de ciudadanos democráticos. De ahí que el Tribunal Constitucional haya de someter a examen los contenidos de las normas controvertidas en conexión sobre todo con los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales del proceso democrático de producción de normas. Tal *comprensión procedimentalista de la Constitución* da al problema de la legitimidad de la jurisdicción constitucional un giro en términos de teoría de la democracia. En este aspecto la discusión americana es mucho más instructiva que la alemana.

36. E. W. Böckenförde, *Recht, Freiheit, Staat*, p. 194.

La concepción más pertinente a este respecto, la desarrollada por J. H. Ely, tiene sin embargo la finalidad de descargar a la actividad judicial de la orientación por principios de procedencia moral o ética, todo ello en una lectura más bien escéptica de la actividad de los tribunales. Ely parte de que la Constitución americana regula ante todo problemas de organización y de procedimiento y de que no está cortada a la medida de la elección e implementación de valores fundamentales. Conforme a su concepción, no son regulaciones materiales, sino regulaciones formales (como la *equal protection* o el *due process*) las que constituyen la sustancia de la Constitución: «Nuestra Constitución sustancialmente se preocupó siempre de preservar la libertad... Las respuestas de principio a ello han consistido en un conjunto bien extenso de protecciones procedimentales, y un esquema aún más elaborado enderezado a asegurar que al tomarse decisiones sustantivas el proceso de decisión quede abierto a todos sobre una base de igualdad, y que quienes en última instancia hayan de tomar la decisión queden atenidos al deber de tener en cuenta los intereses de todos aquellos a quienes la decisión pueda afectar»[37]. Si la *Supreme Court* ha de vigilar la observancia de la Constitución, habrá de prestar atención *ante todo* a las normas de procedimiento y organización, de las que depende la eficacia legitimatoria del proceso democrático. El Tribunal ha de cuidar de que los «canales» por los que discurre ese proceso inclusivo de formación de la opinión y de la voluntad, mediante el que se organiza a sí misma la comunidad jurídica democrática, permanezcan indemnes: «Sobre lo que primariamente habría de versar la *judicial review* habría de ser sobre el desbloqueo de obstrucciones en el proceso democrático»[38].

Desde esta perspectiva los derechos de comunicación y los derechos sociales, que son ingrediente constitutivo de la formación democrática de la voluntad, cobran una posición privilegiada. Las le-

37. J. H. Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., 1980, p. 100.
38. *Ibid.*, p. 117.

yes que, por ejemplo, atraen sobre sí la sospecha de discriminar a minorías étnicas o religiosas, a grupos sociales marginales, a impedidos, a homosexuales, a ancianos, a jóvenes, etc., no sólo vulneran el *contenido* del principio de igual trato. Las clasificaciones implícitamente desiguales de grupos a los que habría que tratar igual, Ely las entiende, desde el aspecto procedimental, como resultado de un proceso político perturbado en sus *condiciones procedimentales democráticas*. De ahí que el control abstracto de normas haya de referirse ante todo a las condiciones de la génesis democrática de las leyes, empezando por las estructuras de comunicación de un espacio de la opinión público transido por el poder que ejercen los medios de comunicación de masas, siguiendo por las efectivas oportunidades de que puedan hacerse oír las voces desviantes y de que se pueda hacer un uso concreto y efectivo de los derechos de participación, en principio formalmente iguales, y concluyendo con la representación equilibrada de todos los grupos, constelaciones de intereses y orientaciones valorativas relevantes en cada caso, en el plano de los organismos parlamentarios y en el espectro de los temas, razones y problemas, de los valores e intereses, que pueden entrar en las deliberaciones parlamentarias y ser tenidos en cuenta en la fundamentación de las normas que se discuten y aprueban. Ely da a la desconfianza liberal contra las mayorías tiránicas un sorprendente giro procedimental. Se interesa por las restricciones fácticas del pluralismo formalmente admitido y utiliza la idea clásica de la representación virtual para reclamar una participación con las mismas oportunidades para las minorías técnicamente representadas, pero efectivamente excluidas o a las que sistemáticamente se ponen trabas. El *examen de la génesis de las normas* habría de tener por objeto el comprobar si se ha respetado la división de poderes entre el Ejecutivo y el Legislativo, pero no sólo en lo que respecta a la implementación de los programas legales por parte de la Administración, sino también en lo que respecta a la impermisible pasividad de un legislador que no hace uso de sus competencias y delega en la Administración: «Los tribunales habrían de asegurar no sólo que los administradores sigan las directrices legislativas sobre la política a realizar, que ya existen, sino también que esas directrices existan»[39].

Ely trata de fundamentar con esta interpretación y con esta comprensión procedimentalista de la Constitución el *judicial self-restraint*. Conforme a su concepción, el Tribunal Constitucional sólo puede conservar su imparcialidad si resiste a la tentación de cubrir su ámbito de interpretación con juicios valorativos de tipo moral. El escepticismo de Ely se endereza por igual contra una «jurisprudencia de valores» y contra una interpretación orientada por principios

39. *Ibid.*, p. 133.

en el sentido de la interpretación constructiva de Dworkin. Pero esto no es consecuente, por cuanto que Ely ha de presuponer para su teoría la validez de principios y ha de recomendar al Tribunal una orientación por principios procedimentales que tienen un evidente contenido normativo. El concepto de procedimiento democrático se apoya él mismo en un principio de justicia en el sentido de igual respeto a todos: «El argumento es que la justicia básica de las instituciones encargadas de tomar decisiones ha de evaluarse en términos de si todos los afectados son tratados en consonancia con lo que los filósofos llaman universalizabilidad o reciprocidad morales»[40]. Pero de ello no se sigue en modo alguno que los principios que fundan la fuerza legitimadora que poseen la organización y el procedimiento de la formación democrática de la voluntad, no sean lo suficientemente informativos a causa de su naturaleza procedimental y necesiten ser complementados por una teoría sustancial de los derechos[41]. Ni tampoco quedan eliminadas con ello *otras* razones, es decir, razones *de otro tipo*, en favor de una actitud escéptica en lo tocante a la actividad judicial en este aspecto.

El escepticismo de Ely se dirige con razón contra la *comprensión paternalista* de la jurisdicción constitucional, que se nutre de una desconfianza, muy extendida entre los juristas, contra la irracionalidad de un legislador dependiente de las luchas por el poder y de unas opiniones mayoritarias determinadas por las emociones y los cambios de estados de ánimo. Conforme a esta concepción la jurisdicción creadora de derecho, que ejerce el Tribunal Constitucional, se justificaría tanto por la distancia de éste respecto de la política, como por la superior profesionalidad de sus discursos profesionales: «Los métodos de razonamiento de otras ramas del gobierno, ni vienen estructurados por los requisitos de una articulada consistencia en la elaboración de los principios subyacentes, ni tampoco vienen asegurados por la independencia institucional en su (de esos métodos) ejercicio imparcial»[42]. De hecho los discursos jurídicos pueden reclamar a su favor una presunción de racionalidad comparativamente alta porque los discursos de aplicación están especializados en cuestiones de aplicación de normas y, por tanto, en el abarcable marco de la distribución clásica de roles, quedan institucionalizados entre las partes y un tercero imparcial. Pero por esa misma razón no pueden

40. D. A. J. Richards, «Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law»: *Ohio State Law Journal* 42 (1981), p. 336; cf. también P. Brest, «The Fundamental Rights Controversy»: *Yale Law Journal* 90 (1981), pp. 1092 ss.

41. L. H. Tribe, «The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories»: *Yale Law Journal* 89 (1980), pp. 1063-1080.

42. D. A. J. Richards, «Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law», p. 336; cf. también P. Brest, «The Fundamental Rights Controversy», pp. 1105 ss.

sustituir a los discursos políticos, los cuales están cortados a la medida de la fundamentación de normas y objetivos, y exigen la inclusión de todos los afectados. Tanto más ha menester de clarificación la racionalidad inmanente al proceso político. El concepto aquí básico de una justicia procedimental en la formación de la opinión y la voluntad políticas exige una teoría de la democracia que en Ely queda más bien en el trasfondo y, en la medida en que resulta reconocible, ofrece rasgos más bien convencionales.

III

En Estados Unidos los constitucionalistas desarrollan su disputa en torno a la legitimidad de la jurisdicción constitucional, más bien desde puntos de vista politológicos que desde puntos de vista de metodología jurídica. En el discurso sobre la división del trabajo entre el Tribunal Constitucional y el legislador democrático las opiniones se dividen sobre todo en la valoración del proceso legislativo y en la cuestión de qué grado de racionalidad exige la Constitución a ese proceso, más aún: de en qué puede y debe consistir esa racionalidad en general. Dentro de la teoría del derecho esta cuestión se trata, ciertamente, sobre el trasfondo de supuestos empíricos, pero siempre bajo el aspecto normativo de cómo en la tradición constitucional americana se ha entendido la problemática relación entre ambos poderes.

En lo que respecta a la tarea del control abstracto de las normas, Frank I. Michelman, igual que Ely, parte de la premisa de que el Tribunal Constitucional sólo puede apelar a una autoridad derivada, a una autoridad proveniente del derecho de autodeterminación del pueblo, cuando interviene en el proceso de producción legislativa y anula leyes aprobadas por la Cámara. En tales casos no puede recurrir sino a razones que en el marco de una concepción procedimental de la Constitución justifiquen una apelación a la soberanía popular como origen de todas las facultades de crear derecho: «Si la posibilidad constitucional republicana depende de la génesis del derecho en la continua disputa normativa de la gente, de ello se sigue que los jueces constitucionales sirven a esa posibilidad prestando su asistencia al mantenimiento de ese *engagement* popular iuris-generativo. La jurisprudencia constitucional republicana será así del tipo que Lawrence Tribe llama (y critica como) *process-based* (basado en el proceso), recordando la juristificación que hace Ely del *judicial review* como "un reforzamiento de la representación"»[43]. Sin embargo, el uso enfático del adjetivo «republicano» delata un deslinde frente a la

43. F. I. Michelman, «Law's Republic»: *The Yale Law Journal* t. 97 (1988), p. 1525.

comprensión que Ely tiene de la democracia. Michelman se apoya en esa tradición de la «política» aristotélica, que a través de la filosofía romana y del pensamiento político del Renacimiento italiano[44], no sólo recibió en Rousseau una versión moderna articulada en términos de derecho natural, sino que a través del rival de Hobbes, James Harrington, penetró también en la discusión constitucional americana como una alternativa al liberalismo de Locke y determinó la comprensión que de la democracia tuvieron los padres fundadores[45]. J. G. A. Pocock estiliza esta veta de pensamiento republicano convirtiéndola en un humanismo político, que no se sirve, como el derecho natural moderno, de un vocabulario jurídico, sino del lenguaje de la ética y la política clásicas[46].

Mientras que los conceptos del derecho romano sirven en la modernidad a definir *libertades negativas* de los ciudadanos y a asegurar la propiedad y el tráfico económico de las personas privadas contra las intervenciones de una dominación política ejercida administrativamente, de la que esas personas estaban excluidas, el lenguaje de la ética y de la retórica mantiene la imagen de una práctica política en la que se realizan las *libertades positivas* de ciudadanos que participan en el proceso político dotados de unos mismos derechos[47]. El concepto republicano de la «política» no se refiere a los derechos estatalmente garantizados de las personas privadas a la vida, a la libertad y a la propiedad, sino ante todo a la práctica de la autodeterminación de ciudadanos orientados al bien común, que se entienden a sí mismos como miembros iguales y libres de una comunidad de cooperación que se administra a sí misma. El derecho y la ley son secundarios frente al contexto de vida *ético* de una *polis* en la que puede desarrollarse y estabilizarse la virtud de la participación activa en los asuntos públicos. Sólo en esta práctica ciudadana puede el hombre realizar el *telos* de su especie[48]. Pues bien, Michelman trata de descifrar en los debates de los padres de la Constitución americana, en el texto constitucional mismo[49] y en la jurisprudencia constitucional actual[50], rastros de este republicanismo, para

44. J. G. A. Pocock, *The Machiavellian Moment: Florentine Po[...]ical Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, 1975.

45. P. W. Kahn, «Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism»: *Yale Law Journal* 98 (1989), pp. 449-517.

46. J. G. A. Pocock, «Virtues, Rights, and Manners»: *Political Theory* 9 (1981), pp. 353-368.

47. Sobre los conceptos de libertad «positiva» y «negativa», cf. Ch. Taylor, «What's wrong with negative liberty?, en Id., *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers* 2, Cambridge, 1985.

48. J. Ritter, *Metaphysik und Politik*, Frankfurt a. M., 1969.

49. F. I. Michelman, «The Supreme Court 1985 Term, Foreword»: *Harvard Law Review* 100 (1986), pp. 4-77.

50. F. I. Michelman, «Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights»: *Florida Law Review* 41 (1989), pp. 443-490.

desarrollar desde ahí un concepto normativo del proceso político y de sus *condiciones procedimentales*. Michelman estiliza la contraposición entre el paradigma «republicano» y el llamado paradigma «liberal», caracterizando así dos tradiciones de interpretación de la Constitución, y también dos tendencias que compiten entre sí en la realidad constitucional.

La diferencia decisiva estriba en la comprensión del papel del proceso democrático. Conforme a la concepción «liberal» —me serviré de esta terminología algo simplista, pero ya habitual en la discusión americana—, el proceso democrático cumple la tarea de programar el Estado en interés de la sociedad, entendiéndose por Estado el aparato de la administración pública, y por sociedad el sistema del tráfico de las personas privadas y de su trabajo social, estructurado en términos de economía de mercado. La política (en el sentido de la formación de la voluntad política de los ciudadanos) tiene aquí la función de agavillar y hacer valer los intereses sociales privados frente a un aparato estatal que está especializado en el empleo administrativo de poder político para fines colectivos. Pero conforme a la concepción republicana, la política no se agota en tal función mediadora; antes es ingrediente esencial del proceso de «sociación» considerado en conjunto. La «política» se entiende como forma de reflexión de un contexto de vida ético, como el medio en el que los miembros de comunidades solidarias más o menos cuasinaturales se percatan de su mutua dependencia y, como ciudadanos, desarrollan y configuran con voluntad y conciencia las relaciones de reconocimiento recíproco, con las que se encuentran, convirtiéndolas en la asociación de miembros iguales y libres en que consiste la comunidad jurídica. Pero con ello la arquitectónica liberal de Estado y sociedad experimenta un importante cambio: junto a la instancia jerárquica de regulación que representa el poder jurisdiccional del Estado y junto a la instancia descentralizada de regulación que representa el mercado, es decir, junto al poder administrativo y al interés individual aparecen la *solidaridad* y la orientación por el bien común como una *tercera fuente* de integración social. Esta formación horizontal de la voluntad política, orientada al entendimiento o al consenso comunicativamente alcanzado, habría de gozar incluso de primacía, tanto si se consideran las cosas desde un punto de vista genéti[illegible] como desde un punto de vista normativo. Para la práctica de la autodeterminación ciudadana se supone la *base* que representa una *sociedad civil*, autónoma, independiente de la Administración pública y del tráfico de las personas privadas regulado por el mercado, que protege a la comunicación política de ser absorbida o devorada por el aparato estatal o de ser asimilada a la estructura del mercado. En la concepción republicana, el espacio público-político y, como infraestructura suya, la sociedad civil, cobran un

significado estratégico; pues han de asegurar a la práctica del entendimiento intersubjetivo entre los ciudadanos su capacidad de integración y su autonomía[51]. A la desconexión de la comunicación política respecto de la sociedad económica corresponde, conforme a nuestra terminología, una conexión retroalimentativa del poder administrativo con el poder comunicativo resultante de la formación de la opinión y la voluntad políticas. De estos planteamientos contrapuestos, que compiten entre sí, se siguen para la valoración del proceso político las siguientes consecuencias:

(*a*) En primer lugar se distinguen los *conceptos de ciudadano*, con que ambas concepciones operan. Según la concepción liberal, el *status* de los sujetos viene primariamente determinado por los derechos negativos que tienen frente al Estado y frente a los demás sujetos. Como portadores de estos derechos, gozan de la protección del Estado mientras persigan sus intereses privados dentro de los límites establecidos por las leyes, y también de la protección contra intervenciones estatales que vayan más allá de la reserva legal de intervención. Los derechos políticos no solamente tienen la misma estructura, sino que también tienen el mismo sentido que los derechos subjetivos privados, los cuales garantizan un espacio de opciones dentro del cual las personas jurídicas quedan libres de coerciones externas. Dan a los ciudadanos la posibilidad de hacer valer sus intereses privados de suerte que, mediante los votos, mediante la composición de los organismos parlamentarios y mediante la formación de gobierno, esos intereses se agreguen al cabo con otros intereses formando o constituyendo una voluntad política capaz de operar sobre la Administración. De este modo, en su papel de ciudadanos, los sujetos pueden controlar si el poder del Estado se ejerce en interés de los ciudadanos como personas privadas[52]. Según la concepción republicana, el *status* de los ciudadanos no se determina conforme al patrón de unas libertades negativas de las que éstos

51. Cf. H. Arendt, *Sobre la revolución*, Madrid, 1988; Id., «Sobre la violencia», en Id., *Crisis de la República*, Madrid, 1973.

52. F. I. Michelman, «Political Truth and the Rule of Law»: *Tel Aviv University Studies in Law* 8 (1988), p. 283: «La sociedad política que tienen a la vista los republicanos más duros es una sociedad de portadores de derechos privados, una asociación cuyo primer principio es la protección de las vidas, libertades y haciendas de sus miembros individuales. En esa sociedad el Estado se justifica por la protección que presta a esos intereses prepolíticos; la finalidad de la Constitución es asegurar que el aparato estatal, el gobierno, suministre esa protección a los miembros de la sociedad en conjunto en vez de servir a los intereses especiales de los gobernantes y de sus patronos; la función de la ciudadanía es mantener operante la Constitución y, por tanto, la de motivar al gobierno a actuar de acuerdo con esa finalidad protectora; y el valor que tiene para un ciudadano su derecho de sufragio —su derecho a votar y a hablar, de suerte que sus puntos de vista sean oídos y tenidos en cuenta— es la posibilidad que le da de influenciar el sistema de suerte que éste preste adecuada atención y protección a sus derechos particulares, pre-políticos y a otros intereses».

pueden hacer uso *en tanto que* personas privadas. Antes los derechos ciudadanos, sobre todo los derechos de participación política y de comunicación, son libertades positivas. Garantizan, no la libertad respecto de coerciones externas, sino la posibilidad de participación en una praxis común, cuyo ejercicio es lo que permite a los ciudadanos convertirse en aquellos que quieren ser, en autores políticamente autónomos de una comunidad de libres e iguales. Así pues, el proceso político no solamente sirve al control de la actividad estatal por parte de unos sujetos que en el ejercicio de sus derechos privados y sus libertades prepolíticas hubiesen adquirido ya una autonomía social previa. Tampoco cumple la función de bisagra entre Estado y sociedad, pues el poder administrativo no es un poder autóctono, no es nada dado. Antes ese poder procede del poder comunicativamente generado en la práctica de la autodeterminación de los ciudadanos y se legitima por proteger esa praxis mediante la institucionalización de la libertad pública[53]. La justificación de la existencia del Estado no radica primariamente en la protección de iguales derechos subjetivos, sino en la garantía que ofrece de un proceso inclusivo de formación de la opinión y la voluntad, en el que sujetos iguales y libres se entienden acerca de qué objetivos y normas son en interés común de todos. Con ello al ciudadano republicano se le exige más que la orientación por su propio interés.

(*b*) En la polémica contra el concepto clásico de persona jurídica como portadora de derechos subjetivos privados se delata una controversia acerca del *concepto mismo de derecho*. Mientras que, conforme a la concepción liberal, el sentido de un orden jurídico consiste en que permite en el caso particular decidir qué derechos asisten a qué individuos, conforme a la concepción republicana esos derechos subjetivos se deben a un orden jurídico objetivo que posibilita, a la vez que garantiza, una convivencia asentada en iguales derechos, autónoma, y basada en el mutuo respeto. En el primer caso, el orden jurídico es construido a partir de los derechos subjetivos, en el segundo se otorga el primado al contenido que esos derechos subjetivos tienen de derecho objetivo. Por los huecos de esa conceptuación dicotomizadora cae y se pierde el contenido intersubjetivo de un sistema de derechos que los ciudadanos se otorgan mutua-

53. *Ibid.*, p. 284: «En una visión constitucional de tipo cívico, la sociedad política no es primariamente una sociedad de portadores de derechos, sino una sociedad de ciudadanos, una "sociación" cuyo primer principio es el establecimiento de un ámbito público en el que los miembros de la sociedad, reunidos, argumenten y razonen acerca del modo correcto de organizar su existencia social, modo que habrán de establecer ellos conjuntamente y que habrán de entender como su bien común... De ahí que el Estado se justifique por su finalidad de establecer y ordenar esa esfera pública dentro de la cual las personas puedan alcanzar libertad en el sentido de un autogobierno practicado mediante el ejercicio de la razón en el diálogo público».

mente, y que cabe entender muy bien en términos de teoría del discurso. En esta última concepción la observancia recíproca de derechos y deberes se funda en relaciones simétricas de reconocimiento. Sin embargo, el republicanismo se acerca por lo menos a esta concepción del derecho, la cual concede a la integridad del individuo y de sus libertades subjetivas el mismo peso que a la integridad de la comunidad, comunidad que es donde los sujetos pueden reconocerse recíprocamente como individuos a la vez que como miembros. El republicanismo liga la legitimidad de las leyes al procedimiento democrático de su génesis y protege así la conexión interna que se da entre la práctica de autodeterminación del pueblo y la dominación impersonal de las leyes: «Pues en último análisis los derechos republicanos no son otra cosa que determinaciones de la voluntad política prevaleciente, mientras que para los liberales algunos derechos se fundan siempre en un "derecho superior" basado en una razón transpolítica o en la revelación... Desde un punto de vista republicano, el objetivo de una comunidad, el bien común, consiste sustancialmente en el éxito de sus esfuerzos políticos por definir, establecer, por poner por obra y sostener el conjunto de los derechos (o, menos tendenciosamente, de leyes) que mejor se ajuste a las condiciones y *mores* de esa comunidad, mientras que desde el punto de vista liberal los derechos basados en aquel derecho superior son los que proporcionan las estructuras transcendentales y los correspondientes frenos al poder, que son menester para que la persecución pluralista de intereses diversos y en conflicto pueda desarrollarse de la forma más satisfactoria posible»[54].

El derecho a voto, entendido como libertad positiva, se convierte en paradigma de los derechos en general, no sólo porque es ingrediente constitutivo de la autodeterminación política, sino porque en su estructura puede verse cómo la inclusión en una comunidad de individuos dotados de unos mismos derechos se articula con el derecho que asiste al individuo a hablar autónomamente y a defender sus propias tomas de postura: «La idea es que todos estamos interesados en la emancipación de todos y cada uno y en que se conceda derecho a voto a todos y a cada uno, porque (*i*) nuestra alternativa es o ir juntos o ir por separado; (*ii*) ir juntos depende de la recíproca garantía que se da a todos y a cada uno de que todos tendrán en cuenta los intereses vitales de cada uno; y (*iii*) en las condiciones profundamente pluralizadas de la sociedad americana contemporánea tal garantía sólo es obtenible manteniendo por lo menos el aspecto de una política en la que a cada cual se le concede voz»[55]. A

54. F. I. Michelman, «Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation»: *Tennessee Law Review* 56 (1989), pp. 446 s.
55. *Ibid.*, p. 484.

través del proceso de producción de normas, que viene constituido y articulado por los derechos políticos, esta estructura se transmite a *todos* los derechos. También la facultad de derecho privado de perseguir fines privados elegidos libremente, obliga simultáneamente a respetar los límites que en igual interés de todos se hayan acordado para la acción estratégica.

(*c*) Las distintas conceptuaciones del papel de ciudadano y del derecho son expresión de un desacuerdo bien profundo acerca de la *naturaleza del proceso político*. Conforme a la concepción liberal, la política es esencialmente una lucha por posiciones que posibilitan el poder disponer de poder administrativo. El proceso de formación de la opinión y la voluntad políticas en el espacio público y en el Parlamento viene determinado por una competencia entre agentes colectivos que actúan estratégicamente con vistas a mantener o a adquirir posiciones de poder. El éxito se mide por el asentimiento de los ciudadanos a personas y a programas, medido por el número de votos. Con los votos los electores expresan sus preferencias. Sus decisiones de voto tienen la misma estructura que los actos electivos de los participantes en un mercado, participación en la que cada cual se orienta por su propio éxito. Esas decisiones de voto autorizan a acceder a posiciones de poder, por las que los partidos políticos pugnan con esa misma actitud de orientación al éxito. El *input* que representan los votos y el *output* que representa el poder responden al mismo patrón de acción estratégica: «En contraste con la deliberación, la interacción estratégica tiene por fin la coordinación más que la cooperación. En último análisis, exige de los sujetos que no presten consideración a otro interés que al suyo propio. El medio de la acción estratégica es la negociación, no la argumentación. Sus instrumentos de persuasión no son derechos y razones, sino ofertas condicionales en el sentido de prestar determinados servicios y abstenerse de determinadas cosas. Ya venga formalmente encarnado en un voto o en un contrato, o informalmente ejecutado en conductas sociales, un resultado estratégico no representa un juicio colectivo de razón, sino un vector suma en un campo de fuerzas»[56].

Conforme a la concepción republicana la formación de la opinión y la voluntad política en el espacio de la opinión pública y en el Parlamento, no obedece a las estructuras de los procesos de mercado, sino a las estructuras de una comunicación pública orientada al entendimiento, las cuales tienen su propia lógica. Para la política tomada en el sentido de la práctica de la autodeterminación ciudadana, el paradigma no es el mercado sino el diálogo o conversación: «Una concepción dialógica enfoca —o quizá sería mejor decir: idealiza—

56. *Ibid.*, p. 293.

la política como una actividad normativa. Imagina la política como una disputa acerca de cuestiones de valor y no simplemente acerca de cuestiones de preferencia. Enfoca la política como un proceso de razón, y no sólo de voluntad, de persuasión y no sólo de poder, enderezado hacia un acuerdo concerniente a la forma buena y justa, o al modo, por lo menos aceptable, de ordenar aquellos aspectos de la vida que implican relaciones sociales y conciernen a la naturaleza social de los individuos»[57]. Desde este punto de vista entre el poder comunicativo que en forma de opiniones mayoritarias formadas discursivamente surge de la comunicación política, y el poder administrativo, del que dispone el aparato estatal, se da una diferencia estructural. También los partidos que luchan por el acceso a posiciones estatales de poder han de implicarse en el estilo deliberativo y en la lógica específica de los discursos políticos: «La deliberación se refiere a una cierta actitud hacia la cooperación social, a saber, a la actitud que consiste en la apertura a dejarse persuadir por razones relativas a los derechos de los otros al igual que a los derechos de uno mismo. El medio de la deliberación es un intercambio de puntos de vista, efectuado de buena fe, que incluye las versiones de los propios participantes acerca de cómo entienden sus respectivos intereses vitales... en el que un voto, si es que se vota, representa un agavillamiento y mancomunamiento de juicios»[58]. De ahí que la disputa de opiniones que se efectúa en la escena política tenga fuerza legitimadora no sólo en el sentido de una autorización a acceder a posiciones de poder; antes el discurso político desarrollado sin solución de continuidad tiene también fuerza vinculante para el tipo de ejercicio de la dominación política. El poder administrativo sólo puede ser empleado sobre la base de aquellas políticas y dentro de los límites de aquellas leyes, que surgen del proceso democrático.

(*d*) De la comprensión republicana de la política se sigue finalmente una precisión de las *condiciones procedimentales* que prestan a la formación de la voluntad y la opinión institucionalizadas su fuerza legitimadora. Se trata de exactamente las condiciones bajo las que el proceso político tiene a su favor la presunción de generar resultados racionales. Una competencia en torno al poder, a la que quepa representar conforme al modelo de la competencia en el mercado, viene determinada por la elección racional de estrategias de optimización. Y en medio de un indisoluble pluralismo de valores e intereses prepolíticos, que a lo sumo podrán quedar *agregados* equilibradamente en el proceso político, la política pierde su relación con el uso

57. F. I. Michelman, «Bringing the Law to Life»: *Cornell Law Review* 74 (1989), p. 257.
58. F. I. Michelman, «Conceptions of Democracy», p. 293.

ético y moral de la razón. A este escepticismo liberal en lo tocante al papel de la razón, se opone la confianza republicana en la fuerza de los discursos políticos. Éstos serían capaces de convertir en tema las interpretaciones de las necesidades y las orientaciones valorativas y, por tanto, también la comprensión prepolítica que de sí y del mundo tienen los participantes, y cambiarlos desde dentro *mediante argumentación*. Bajo condiciones de discurso que obligan a cada uno a asumir también la perspectiva de otros participantes e incluso de todos los otros participantes, es posible un cambio racionalmente motivado de las posturas iniciales. Como participantes en tal proceso de formación discursiva de la opinión y de la voluntad, los ciudadanos no están haciendo otra cosa que poner en práctica su derecho a la autodeterminación política: «Dada la pluralidad, un proceso político sólo puede validar normas societales a título de leyes que los participantes se dan a sí mismos si (*i*) la participación en el proceso produce ciertos desplazamientos o ajustes en las comprensiones y autocomprensiones relevantes de algunos (o de todos) los participantes y (*ii*) si se da un conjunto de condiciones sociales y procedimentales prescriptivas tal que el someterse uno a tales condiciones, es decir, la modulación dialógica a que ello da lugar de la comprensión que uno tiene de sí, no es considerada ni experimentada como coerción, intrusión en, o cualquier otro tipo de violación de la propia identidad o libertad de uno, y si (*iii*) esas condiciones han prevalecido de hecho en el proceso que se supone ser *iuris*generativo»[59].

(2) Si con un sentido «republicanamente» aguzado a la hora de percibir los componentes deliberativos del proceso de producción de normas, retornamos a la cuestión de la legitimidad de la jurisdicción constitucional, podemos articular en términos más específicos la propuesta procedimentalista de Ely. La comprensión republicana de la política pone en primer plano la conexión interna del sistema de los derechos con la autonomía política de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional ha de operar dentro del marco de sus competencias en el sentido de que el proceso de producción de normas se efectúe en las condiciones de una *política deliberativa*, que son las que fundan legitimidad. Esta política deliberativa está ligada a su vez a los exigentes presupuestos comunicativos que han de caracterizar a espacios de discusión política que no tienen por qué coincidir con el espectro de la formación de la voluntad política, institucionalizada en los órganos parlamentarios, sino que abarcan también tanto el espacio de la opinión pública política, como el contexto cultural de éste y su base social. Una práctica de la autodeterminación de corte deliberativo sólo puede desarrollarse

59. F. I. Michelman, «Law's Republic», pp. 1526 s.

en un juego de interacciones entre la formación de la voluntad en los organismos parlamentarios, programada para la toma de decisiones e institucionalizada en términos de derecho procedimental, por un lado, y la formación política de la opinión en circuitos informales de comunicación política, por otro. Los impulsos, los temas y contribuciones, los problemas y propuestas relevantes provienen más bien de los *márgenes* que del centro establecido del espectro de la opinión. «Así, la idea es que la persecución de la libertad política mediante el derecho depende de "nuestro" (del Tribunal Supremo) constante avance en la inclusión del otro, en la inclusión del excluido hasta ahora, lo cual significa en la práctica hacer presentes en la doctrina legal las voces, ausentes hasta ahora, de grupos sociales que empiezan a cobrar conciencia de sí»[60].

El modo deliberativo de producción legislativa y la vinculación de la Administración a las leyes vigentes, vienen amenazados tanto por la autonomización de la burocracia como por el influjo privilegiado del poder social privado. Pero en EE UU, desde la famosa discusión entre federalistas y antifederalistas, el problema propiamente dicho se considera ser el influjo que ejercen *grupos de intereses* que logran imponer sus objetivos privados sobre el aparato estatal a costa de los intereses generales. En este frente clásico contra la tiranía de poderes sociales que transgreden el principio de separación entre Estado y sociedad, el republicanismo renovado entiende también el papel del Tribunal Constitucional como el de un defensor de la democracia deliberativa: «El régimen constitucional americano está construido sobre la hostilidad contra las medidas que imponen car-

60. *Ibid.*, p. 1529; y prosigue (p. 1531): «La plena lección del movimiento de los derechos civiles escapará a todo aquel que se centre demasiado en las asambleas más visibles del país, en las formalmente legislativas, es decir, en el "Congreso", en los parlamentos de los "Estados", y en los "consejos" de las ciudades principales, considerándolas como las esferas exclusivas e incluso primarias de producción política del derecho y de ejercicio de la libertad política. No quiero decir que esas esferas sean prescindibles o que carezcan de importancia. Lo que quiero decir es algo que es obvio, a saber, que buena parte del diálogo que con consecuencias normativas se produce en el país, ocurre fuera de esos principales canales formales de política electoral y política legislativa y que es posible que en las sociedades modernas esos canales formales no puedan ofrecer a buena parte de los ciudadanos demasiada experiencia directa de lo que son un compromiso y una implicación autorrevisionistas, dialógicos. Buena parte, quizá la mayor parte, de esa experiencia tiene que ocurrir en las múltiples esferas de lo que conocemos como vida pública en sentido lato, algunas de las cuales son nominalmente políticas y otras no. En los encuentros, choques y conflictos, en las interacciones y debates que se producen en y en torno a las asambleas locales y en los organismos de los gobiernos locales; en las asociaciones cívicas y voluntarias; en los clubes sociales y recreativos; en las escuelas públicas y privadas; en los órganos de gobierno y en las cúpulas directivas de las organizaciones de todo tipo; en los puestos de trabajo y en los locales de las tiendas; en los eventos públicos y en la vida de la calle... La comprensión del mundo social que resulta de, y a la que se da forma en, los encuentros e intercambios diarios de la sociedad civil en conjunto se transporta, por supuesto, a nuestras esferas representativas... y, por tanto, deben figurar entre las fuentes y canales del autogobierno republicano y de la política generadora de derecho».

gas o garantizan beneficios simplemente a causa del poder político de grupos privados; es menester algún valor público para la acción gubernamental. Esta norma... sugiere, por ejemplo, que leyes que encarnen meros arreglos, convenios, pactos o transacciones entre grupos de intereses, deberían estar construidas en términos muy estrictos y siempre a la baja. Sugiere también que los tribunales deberían desarrollar estrategias interpretativas para promover la deliberación en el gobierno, por ejemplo devolviendo asuntos concernientes a intereses o a grupos constitucionalmente sensibles, para ser reconsiderados por el Legislativo o por los organismos reguladores de que se trate cuando la deliberación parezca haber estado ausente»[61].

C. R. Sunstein discute algunas de las consecuencias que para la política deliberativa se siguen de este papel de vigilante. Sunstein parte de procesos de control constitucional de normas, en los que el Tribunal Supremo ha rechazado leyes a causa de «clasificaciones discriminatorias» fundamentando su decisión en que el legislador no ha entrado en un «análisis racional» de la materia necesitada de regulación. Sunstein generaliza este caso y lo convierte en un «requerimiento de análisis razonado» que apunta a una articulación discursiva del proceso de producción de normas: «Lo que aquí aparece es una jurisprudencia que examina el proceso de producción legislativa para determinar si los representantes han tratado de actuar deliberativamente»[62]. El criterio de enjuiciamiento es el carácter discursivo de la formación de la opinión y de la voluntad, en especial la cuestión de si en la decisión legislativa han resultado determinantes razones defendibles públicamente o intereses privados que no pueden declararse en el marco de las discusiones parlamentarias: «Uno de los rasgos distintivos de este planteamiento es que el resultado del proceso legislativo se convierte en secundario. Lo importante es si es la deliberación —no distorsionada por el poder privado— lo que ha dado lugar al resultado»[63]. Esto tiene la ventaja de que el Tribunal, a cuya disposición, ciertamente, no están las razones políticas justificatorias, no tiene por qué referirse a razones hipotéticamente adscritas, sino que puede apoyarse en las razones aducidas de hecho. A la objeción de que bastan razones objetivas para la justificación de una ley aun en los casos en que las decisiones del legislador hayan venido efectivamente determinadas por una presión ilegítima, Sunstein responde con una consideración convincente. Para los ciudadanos mismos representa una diferencia normativamente relevante la cuestión de si los objetivos legítimos, por mor de los

61. C. R. Sunstein, *After the Rights Revolution*, Cambridge, Mass., 1990, p. 164.
62. C. R. Sunstein, «Interest Groups in American Public Law»: *Standford Law Review* 38 (1985), p. 59.
63. *Ibid.*, p. 58.

cuales han de asumir en determinadas situaciones algunas desventajas, son sólo consecuencia lateral de programas motivados por razones espurias, o de si esos objetivos, como *resultado* de un proceso deliberativo fundador de legitimidad, son los que de hecho han determinado la producción de la ley en cuestión.

Una consecuencia menos unívoca es la que resulta de la concepción republicana de la política en lo concerniente a la cuestión de cuán ofensivamente haya de intervenir el Tribunal Constitucional en las competencias legislativas. Según las observaciones de Sunstein la *Supreme Court* hace valer más estrictamente el «requisito de análisis razonado» frente a las disposiciones problemáticas de la Administración que frente a las decisiones del Legislativo. Esta reserva y moderación están justificadas cuando el control de racionalidad no se refiere al modo de los procesos de fundamentación, sino a razones sustanciales a las que se desenmascara como pretextos retóricos. El Tribunal no puede atribuirse frente al legislador el papel de un crítico ideológico; pues está expuesto a la misma sospecha de ideología y no puede pretender estar ocupando un lugar neutral fuera del proceso político. Pero no deja de ser interesante que el republicanismo, como quizá hubiese cabido esperar de su inspiración demócrata-radical, no se convierta en abogado del *judicial self-restraint*. Antes aboga por un activismo del Tribunal Constitucional porque la jurisdicción constitucional tendría por fin compensar el gradiente que se produce entre el ideal republicano y la realidad constitucional. Mientras la política deliberativa venga renovada desde el espíritu de la política aristotélica, tal concepto seguirá dependiendo de las virtudes de ciudadanos orientados al bien común. Y tal exigencia de virtud hace que el proceso democrático, tal como de hecho se desarrolla en las democracias de masas articuladas en términos de Estado social, aparezca envuelto en la desteñida luz de una política «caída», de una política distorsionada en términos instrumentalistas.

En un contexto distinto, pero análogo, Bruce Ackerman reacciona a esta extrema tensión entre facticidad y validez colocando al Tribunal Supremo en el papel de mediador entre ideal y realidad. Hace la interesante propuesta de entender los altibajos y vaivenes de las innovaciones políticas conforme al modelo kuhniano de la evolución de la ciencia. Al igual que el negocio «normal» de la ciencia sólo en raras ocasiones se ve interrumpido por esas «revoluciones» mediante las que se imponen nuevos paradigmas, algo similar es lo que ocurre en el curso normal del proceso político burocráticamente autonomizado, el cual responde a la descripción liberal de una lucha por el poder, conducida en términos estratégicos y guiada por intereses. Sólo cuando la historia «se calienta», sólo en «momentos de excitación en política constitucional», sale «el pueblo» de la norma-

lidad de su privatismo ciudadano-burgués, se apropia de la actividad política que le estaba burocráticamente extrañada y sienta durante esos momentos transitorios de activismo —como sucedió en la era del *New Deal*— una base legitimatoria imprevista para innovaciones que apuntan al futuro[64]. Esta lectura vitalista de la autodeterminación democrática introduce una contraposición entre la voluntad popular, adormilada durante esos largos períodos de latencia, y la actividad legislativa institucionalizada de los representantes elegidos por el pueblo. Y durante esos intervalos son los jueces del Tribunal Constitucional como guardianes o protectores de una práctica de autodeterminación actualmente detenida, anquilosada en las rutinas del negocio parlamentario, los que han de ejercitar *vicariamente* los derechos de autodeterminación del pueblo: «El Tribunal aparece en fin, no como representante de la voluntad declarada del pueblo, sino como representación y *trace* de ese autogobierno del pueblo que ahora no existe»[65]. Como encargado republicano de guardar el sitio a esas libertades positivas, que los ciudadanos mismos, como portadores *nominales* de esas libertades, no pueden ejercer, el Tribunal Constitucional parece caer exactamente en ese papel paternalista que Ely pretendía combatir con su comprensión procedimentalista de la Constitución. Pero también Michelman, que detesta todo paternalismo del Tribunal Constitucional, salva la sima entre idea y realidad de forma similar: «El Tribunal contribuye a proteger al Estado republicano, es decir, a los ciudadanos políticamente implicados y comprometidos, de caer en una política de autonegación. El Tribunal constituye un desafío a la tendencia de los sujetos a encerrarse en sí mismos asumiéndose a sí mismos como lo que moralmente ahora son y nada más, y, por tanto, a negarse a sí mismos la pluralidad de la que depende su capacidad de autorrenovación transformadora»[66].

Es la *descripción excepcionalista* de la práctica política tal como ésta propiamente debería ser, la que sugiere la necesidad de un lugarteniente pedagógico; pues éste sólo será menester para ejercer la regencia mientras el soberano prefiera retirarse a la vida privada en lugar de ocupar y desempeñar adecuadamente el puesto que es su herencia, a saber, el del espacio público-político. La tradición republicana sugiere tal excepcionalismo porque liga la práctica política de los ciudadanos al *ethos* de una comunidad de por sí integrada. La política correcta sólo puede ser ejercitada por ciudadanos virtuosos. Esta *exigencia* de virtud condujo ya en Rousseau a una escisión entre

64. B. Ackerman, «The Storrs Lectures; Discovering the Constitution»: *Yale Law Review* 93 (1984), pp. 1013-1072; cf. también: Id., *We the People*, Cambridge, Mass., 1991.

65. F. I. Michelman, «The Supreme Court 1985 Term, Foreword»: *Harvard Law Review* 100 (1986), p. 65.

66. F. I. Michelman, «Law's Republic», p. 1532.

el ciudadano orientado al bien común y la persona privada, sujeta a unas exigencias éticas que la desbordan; la unanimidad, concordia y conformidad del legislador político vendría asegurada de antemano por un consenso ético de los ánimos: «Para Rousseau la base de la legitimidad no radica en el individuo libre capaz de hacerse una opinión sopesando razones, sino más bien en el individuo cuya voluntad ya está enteramente determinada, en el individuo que tiene hecha su elección»[67].

En cambio, una interpretación articulada en términos de teoría del discurso insiste en que la formación democrática de la voluntad no extrae su fuerza legitimadora de la convergencia previa de convicciones éticas en las que se ha crecido, sino de presuposiciones comunicativas y procedimientos que en el proceso de deliberación permiten imponerse a los mejores argumentos. La teoría del discurso rompe con esa concepción ética de la autonomía ciudadana; de ahí que el modo que representa la política deliberativa, no necesite reservarlo para un estado de excepción. Y un Tribunal Constitucional que se deje guiar por una comprensión procedimentalista de la Constitución no necesita ir más allá del crédito o «cuenta corriente» de legitimación de que dispone, y puede moverse dentro de las competencias de aplicación del derecho —claramente determinadas en términos de lógica de la argumentación— si el proceso democrático, al que ese tribunal tiene el encargo de proteger, no es descrito como un estado de excepción.

Los rasgos excepcionales de ese proceso democrático que cobra tan marcado peralte normativo, se explican porque Michelman, al igual que otros «comunitaristas», entienden la ciudadanía o *citizenship*, no en términos *jurídicos*, sino en términos *éticos*. Conforme a esta concepción clásica[68], los ciudadanos buscan juntos en el espacio público-político aquello que en cada caso pueda ser lo mejor para ellos como colectivo. La aspiración a lo colectivamente bueno, la traduce Michelman (siguiendo un giro romántico) en una apropiación hermenéutica de «tradiciones constitutivas». Sólo la pertenencia adscriptiva a una forma de vida intersubjetivamente compartida y el tornarse conscientes de un contexto de tradición previo explicarían por qué los ciudadanos pueden alcanzar en general un consenso acerca de la solución de los problemas a que se enfrentan, y acerca de los criterios con los que decidir qué ha de considerarse en cada caso «la mejor» solución: «Argumentos persuasivos y discusiones persuasivas parecen inconcebibles sin una referencia consciente por

67. B. Manin, «On Legitimacy and Political Deliberation»: *Political Theory* 15 (1987), p. 347; cf. mi crítica de Rousseau en J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, 1981, cap. 12; cf. también Introducción.

68. J. Habermas, «Ciudadanía e identidad nacional», más abajo en este mismo libro, pp. 619 ss.

parte de los implicados en ellos a su mutuo y recíproco apercibirse de ser copartícipes, no justamente de este debate particular, sino de una vida común mucho más comprehensiva, que exhibe también las huellas de un pasado común, dentro de la cual y a partir de la cual surgen y cobran su sentido los argumentos, pretensiones y demandas»[69]. Pero esta eticidad sustancial de un consenso de fondo, que se supone aproblemático, se compadece mal con las condiciones de pluralismo cultural y social que caracteriza a las sociedades modernas.

(3) La discusión acerca del activismo o del *self-restraint* del Tribunal Constitucional no puede efectuarse en abstracto. Si se entiende la Constitución como interpretación y configuración de un sistema de derechos mediante el que se hace valer la conexión interna de autonomía pública y autonomía privada, una jurisprudencia constitucional ofensiva no sólo no resultará perjudicial en los casos en que se trate de hacer valer el procedimiento democrático y la forma deliberativa de formación de la opinión y de la voluntad política, sino que incluso viene normativamente exigida. Sin embargo, tenemos que liberar el concepto de política deliberativa de connotaciones que exijan demasiado de él o le impongan excesiva carga, pues tales connotaciones someterían al Tribunal Constitucional a la coerción de estar permanentemente definiendo y decidiendo. El Tribunal Constitucional no puede adoptar el papel de un regente que ocupa el lugar del sucesor en el trono ante la minoría de edad de éste. Bajo el ojo crítico de un espacio público-jurídico politizado —el de una ciudadanía ya adulta y convertida «en comunidad de intérpretes de la Constitución»—, el Tribunal Constitucional puede adoptar a lo sumo el papel de un tutor[70]. La idealización que de este papel algunos constitucionalistas efectúan un tanto apresuradamente, parece deberse a la necesidad de buscar y encontrar un fiduciario para un proceso político excesivamente peraltado en términos idealistas. Esta idealización se sigue a su vez de un *estrechamiento ético de los discursos políticos* que en modo alguno es algo que el concepto de política deliberativa tenga necesariamente que comportar. Ese estrechamiento ni es sostenible desde el punto de vista de la lógica de la argumentación, ni tampoco es necesario para la defensa de un planteamiento intersubjetivista.

Tal como los comunitaristas ven las cosas, entre el concepto discursivo de democracia y la referencia a una comunidad concreta,

69. F. I. Michelman, «Law's Republic», p. 1513.

70. En la República Federal de Alemania la concepción republicana que los comunitaristas tienen del derecho guarda un cierto paralelo en la concepción que de los derechos fundamentales tiene P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Frankfurt a. M., 1978; [illegible]

éticamente integrada, se da una conexión necesaria. Pues de otro modo no se explicaría cómo es en general posible una orientación de los ciudadanos al bien común[71]. El individuo, así reza el argumento, sólo en una praxis ejercida en común con los demás, puede tornarse consciente de su pertenencia a una forma de vida colectiva y, por tanto, de un vínculo social previo que no queda a su disposición: «La participación efectiva en la acción, en la deliberación y en el conflicto políticos, puede tornarnos conscientes de nuestras conexiones algo más remotas e indirectas con los demás, del alcance y del significado a gran escala de lo que queremos y de lo que estamos haciendo»[72]. Sólo en el intercambio público con los demás, que deben su identidad a las mismas tradiciones y a procesos similares de formación, puede el individuo, según esta concepción, cobrar claridad sobre los elementos comunes y sobre las diferencias, es decir, cobrar claridad acerca de quién es él y quién quiere ser. En este autoentendimiento colectivo impónese también un motivo para la superación del egocentrismo y del autointerés, a saber, la experiencia de que la exclusión y represión de algunos tiene por consecuencia el extrañamiento de todos, la experiencia de una «causalidad del destino» que hace sentir a cada cual como dolor el aislamiento respecto de un contexto común de comunicación, del que no cabe escapar. De ahí que desde un punto de vista comunitarista sólo se consideren genuinamente políticos aquellos discursos que se efectúan con el propósito de un autoentendimiento colectivo.

71. Los comunitaristas tienen por necesaria esta referencia a la comunidad para explicar el sentido de los deberes políticos. Como la observancia de una obligación que vaya más allá de los intereses actuales no puede explicarse conforme al modelo de un intercambio convenido de bienes (de un intercambio de libertad natural por protección y seguridad), sustituyen el modelo del contrato por un acto original de *promesas* recíprocas. La elección democrática ha de poder entenderse como el equivalente actual de las promesas hechas en el momento fundacional; con ese acto los nacidos después renuevan y confirman aquella autoimposición de vínculos por parte de la generación de fundadores, de la que resultó la comunidad: «Los ciudadanos deben crear colectivamente su obligación política y autoridad política por medio de votaciones participativas en una comunidad democrática». Pero como una promesa establece una relación personal entre determinados individuos, esta explicación exige la referencia a una red de tales relaciones, tal como esa red se establece en una comunidad concreta (C. Pateman, *The Problem of Political Obligation*, Oxford, 1979, p. 174). Mas aun prescindiendo que de este modo no pueden fundamentarse obligaciones para con otras comunidades políticas, el modelo está presuponiendo tácitamente aquello que trata de explicar, a saber, el sentido obligatorio de las normas válidas. Para verlo basta recurrir al acto de habla que representa una promesa. El decisivo contenido normativo de su sentido ilocucionario una promesa lo extrae de la autonomía del hablante, el cual tiene que saber ya qué significa *ligar* su voluntad. Pero este tipo de autonomía presupone que el sujeto puede orientar su acción por expectativas normativas, es decir, puede actuar por deber. Lo mismo si se trata de una promesa unilateral que de una promesa recíproca, tal acto genera deberes de un *determinado* contenido, pero no el sentido de la validez de las obligaciones *como tal*.

72. H. Pitkin, «Justice. On Relating Private and Public»: *Political Theory* 9 (1981), p. 344.

Estas razones y otras similares vienen a agavillarse en la interpretación que se hace del discurso político en términos del elemento «ético» de la Constitución. Al igual que ya Perry, también Michelman entiende la política genuina como una reflexión sobre, y recuerdo de, el acto excepcional de la fundación de la Constitución, y como repetición afirmante de ese acto fundacional. Esta anamnesis recuperadora hace menester la referencia a los fundamentos éticos de la propia comunidad convertida en histórica: «El primer requisito es... que se logre dar sentido a la centralidad y constancia que en la práctica constitucional americana tiene el recuerdo de sus orígenes, rememorados en actos públicos de creación deliberada; pues el recuerdo refleja profundamente, a la vez que informa profundamente, la comprensión americana de lo que significa autogobernarse y estar a la vez sometida a la ley»[73]. Con ello, Michelman eleva esa forma de política simbólica, que se expresó, por ejemplo, en la celebración del bicentenario de la declaración de independencia, a modelo de la política en general y asume el gradiente que se da entre esos actos ceremoniales de vital importancia para la integración política de una nación de ciudadanos y la prosa de la cotidianidad política. La tensión entre facticidad y validez, que habría de estabilizarse como tal dentro del medio que representa el derecho mismo, estalla de nuevo entre el ideal de una república ética y la indigna realidad constitucional. Sólo la forma de una argumentación ético-política constituye entonces el angosto puente entre la política original y la política «caída». Cuando la formación de la voluntad política se presenta como discurso ético, el discurso político habrá de efectuarse *siempre* con la finalidad de averiguar qué es lo mejor en cada caso para los ciudadanos como miembros de una comunidad concreta en el horizonte de su forma de vida y de su contexto de tradición. R. Beiner expresa perfectamente bien esta asimilación de los juicios políticos a autoentendimiento ético: «Todos los juicios políticos —implícitamente por lo menos— son juicios acerca de la forma de vida colectiva que es preferible persigamos dentro de un contexto dado de posibilidades. La comunalidad de los sujetos judicantes es interna a, o ingrediente constitutivo de, el juicio, y no algo contingente y externo a él... Esto se sigue del objeto de la deliberación, la cual se endereza a la forma misma de nuestra relación mutua o del estar mutuamente referidos unos a otros... No puedo expresar esto mejor que diciendo que de lo que se trata aquí no es de "¿qué debería yo hacer?" o de "¿cómo debería conducirme a mí mismo?", sino de "¿cómo hemos de *ser* o *estar*-juntos y cuál ha de ser el marco institucional de ese *estar*-juntos?"»[74].

73. F. I. Michelman, «Law's Republic», p. 1508.
74. R. Beiner, *Political Judgment*, Chicago, 1993, p. 138.

Esta asimilación de la formación de la opinión y de la voluntad política al autoentendimiento ético-político se compadece empero mal con la función del proceso de producción legislativa, en el que desemboca. Pues en las leyes entran, ciertamente, también elementos teleológicos, pero éstos no se agotan en fines y objetivos colectivos. Conforme a su estructura las leyes, vienen determinadas por la pregunta de conforme a qué normas quieren los ciudadanos regular su convivencia. Ciertamente, los discursos de autoentendimiento, en los que los participantes tratan de aclararse acerca de cómo quieren entenderse a sí mismos como miembros de una determinada nación, como miembros de una ciudad o de un Estado, como habitantes de una región, etc., qué tradiciones quieren proseguir, qué trato queremos de unos con otros, qué trato queremos con las minorías, con los grupos marginales, en una palabra: en qué tipo de sociedad queremos vivir, tales discursos de autoentendimiento, digo, constituyen también un importante ingrediente de la política. Pero estas cuestiones, como hemos visto, están subordinadas a cuestiones morales y guardan relación con cuestiones pragmáticas. La *primacía* la tiene la cuestión de cómo puede regularse una materia en interés de todos por igual. La producción de normas se halla primariamente sujeta al punto de vista de la justicia y por este lado tiene su criterio primario de corrección en los principios que dicen qué es bueno para todos por igual. A diferencia de las cuestiones éticas las cuestiones de justicia no están referidas de por sí a un determinado colectivo y a su forma de vida. El derecho políticamente establecido de una comunidad jurídica concreta, para ser legítimo, tiene que estar al menos en consonancia con principios morales, los cuales pretenden también validez general allende la comunidad jurídica concreta.

Pero el espacio más ancho es el que ocupan los compromisos. Bajo condiciones de un pluralismo cultural y social, tras los objetivos e intereses políticamente relevantes se esconden a menudo intereses y orientaciones valorativas que de ningún modo pueden considerarse ingrediente constitutivo de la identidad de la comunidad en conjunto, es decir, del conjunto de una forma de vida intersubjetivamente compartida. Estos intereses y orientaciones valorativas, que entran entre sí en conflicto sin perspectivas de consenso, han menester que se los equilibre y componga, cosa que no puede conseguirse mediante discursos éticos, aunque los resultados estén sujetos a la reserva de que no vulneren valores básicos de una cultura en los que se está de acuerdo. Este equilibrio y arreglo entre intereses se efectúa, como hemos mostrado, como una formación de compromisos entre partes que se apoyan en potenciales de poder y potenciales de amenaza y sanción. Las negociaciones de este tipo presuponen, ciertamente, disponibilidad a la cooperación, es decir, la voluntad de, respetando las reglas de juego, llegar a resultados que,

aunque por razones diversas, sean aceptables para todas las partes. Pero tal formación de compromisos no se efectúa ciertamente en las formas de un discurso racional que neutralice el poder y excluya la acción estratégica.

De lo que el modo deliberativo de la práctica de la legislación ha de cuidar, no es *sólo* de la validez ética de las leyes. Antes la compleja pretensión de validez de las normas jurídicas puede entenderse como la pretensión de, por un lado, haber tenido en cuenta de forma compatible con el bien común los intereses parciales que estratégicamente se afirman y, por otro, dar cobro a los principios universalistas de justicia en el horizonte de una forma de vida determinada, caracterizada por constelaciones valorativas particulares. Esos principios de una moral que, en cierto modo, carece de lugar por abarcar a todas las formas de vida concretas, al cobrar carácter obligatorio para una determinada comunidad jurídica, reciben también asiento en aquellos ámbitos abstractos de acción que ya no pueden quedar suficientemente integrados sólo a través de los contextos informales de acción orientada al entendimiento. Frente al estrechamiento ético de los discursos políticos, el concepto de política deliberativa sólo recibe referencia empírica cuando se toman en cuenta la *pluralidad* y *diversidad* de formas de comunicación, de argumentos y de institucionalización de procedimientos jurídicos.

Hemos visto cómo en la jurisprudencia y administración de justicia, bajo el aspecto de aplicación, se abre otra vez la gavilla de esas muy distintas clases de argumentos que penetraron en el proceso de producción legislativa y que suministraron una base racional a las pretensiones de legitimidad del derecho vigente. En los discursos jurídicos, aparte de razones inmanentes al derecho, se hacen oír también razones morales y éticas, razones empíricas y pragmáticas. Si se considera la génesis democrática del derecho desde el otro cabo, es decir, desde la aplicación del derecho, aparecen otra vez los distintos aspectos bajo los que el síndrome de la política deliberativa puede descomponerse, aclararse y diferenciarse. En la política legislativa el suministro de informaciones y la elección racional (con arreglo a fines) de medios quedan entrelazados con el arreglo entre intereses y la formación de compromisos, con el autoentendimiento ético y con la formación de preferencias valorativas, con la fundamentación moral y con el examen de coherencia jurídica. Y de este modo se *imbrican* de forma racional esos dos tipos de política que Michelman había contrapuesto en términos polarizadores. De ahí que, a diferencia de Michelman, Sunstein reconstruya, desde los inicios de la tradición constitucional americana, no dos vetas distintas que documenten una oposición entre una comprensión republicana y otra liberal de la política, sino una concepción integrada que él llama «republicanismo madisoniano».

Esta concepción es suficientemente fuerte como para fundamentar que el modo deliberativo del proceso de producción legislativa es condición necesaria de la producción legítima de derecho, pero lo suficientemente débil como para no perder la conexión con teorías empíricas: «Hay numerosas teorías acerca de la toma de decisiones del Legislativo. Una teoría sugiere que una considerable proporción de conducta legislativa podría explicarse si se supone que una parte de lo que los miembros del Congreso buscan, y además cada uno por su cuenta, es asegurar el objetivo de su reelección. Otro planteamiento indica que tres consideraciones primarias, a saber, la de alcanzar influencia dentro de la asamblea legislativa, la de promover el interés nacional y la de obtener la reelección, tienen más poder explicativo que cualquier otro planteamiento que opere con un único factor. En la literatura económica ha habido esfuerzos por explicar la conducta legislativa haciendo referencia solamente a intereses de los electores. Tales interpretaciones han sido atacadas por excesivamente reduccionistas. Lo que emerge de todo ello es un continuo. En un cabo están los casos en los que las presiones de los grupos de interés resultan ampliamente determinantes y las actuaciones legislativas pueden considerarse "compromisos" entre los intereses en pugna. En el otro cabo están los casos en los que los legisladores se embarcan en una deliberación en la que los grupos de intereses, convencionalmente definidos, tienen poca importancia o no tienen ninguna. En los distintos puntos a lo largo de ese continuo, se da un amplio rango de decisiones legislativas en las que los resultados dependen de una amalgama de presiones económicas, de deliberación, y de otros factores. Ningún *test* simple sería capaz de distinguir los casos que caen en los diferentes puntos del continuo»[75]. Sunstein dibuja una imagen realista, pero superficial, de la política legislativa. Aun cuando no haya ningún «*test* simple», desde puntos de vista de la teoría del discurso cabe descomponer ese continuo empírico por lo menos hasta un punto en el que nos resulte posible analizar, conforme a los diversos tipos de cuestiones, los flujos de comunicación observables, y reconstruirlos conforme a las correspondientes formas de comunicación. En la superficie no pueden distinguirse sin más las diferencias de gramática profunda que ofrecen los usos pragmático, ético y moral de la razón; pero esto no significa que las formas de política que Michelman opone en términos típico-ideales se compenetren entre sí de forma *indiscernible*. Una reconstrucción del fragmento de comunicación de que se trate, efectuada con los medios que suministra la teoría del discurso, permite ade-

75. C. R. Sunstein, «Interest Groups in American Public Law»: *Stanford Law Review* 38 (1985), pp. 48 s.

más constatar desviaciones que derivan de efectos de poder social y poder administrativo, no defendibles públicamente.

La debida diferenciación entre política y ética, que el republicanismo no efectúa con la claridad suficiente, no pone en modo alguno en peligro la comprensión intersubjetivista del derecho y la política. Ciertamente, la política deliberativa sólo permanece internamente concatenada con el contexto dado de tradición de una determinada comunidad histórica, mientras se desarrolle como un discurso ético en gran formato. Sólo como autoentendimiento ético saca la política a luz ese lazo de eticidad sustancial que mantiene en cohesión a los ciudadanos durante la disputa discursiva. Pero en cuanto los discursos políticos se extienden a negociaciones, por un lado, y a la universalización moral de intereses, por otro, el procedimiento democrático no puede extraer ya su fuerza legitimante del acuerdo *previo* de una comunidad ética presupuesta, sino sólo de sí mismo. Las consecuencias que se siguen de ello ponen en cuestión la lectura comunitarista de la tradición republicana, pero sin afectar a su núcleo intersubjetivista. Michelman teme que el sentido normativo de una política legislativa que junto con su referencia a la comunidad pierda la posibilidad de recurrir a tradiciones comunes, no puede salvarse ya si no es recurriendo a una autoridad transcendente de la razón[76]. Y, sin embargo, una consecuente comprensión procedimentalista de la Constitución, en lo que busca arrimo es precisamente en el carácter intrínsecamente racional de esas condiciones procedimentales que fundan para el proceso democrático en conjunto la presunción de posibilitar resultados racionales. Pues la razón se encarna entonces tan sólo en las condiciones pragmático-formales de posibilitación de la política deliberativa y no necesita, por tanto, quedar enfrente de ésta, como una autoridad radicada allende la comunicación política.

En un modelo de discurso planteado en términos suficientemente abstractos, se mantiene la inserción de los individuos en la intersubjetividad de una *estructura* previa de entendimiento posible. A la vez, la referencia a una comunidad virtual de comunicación, que apunta por encima de la forma que pueda tener la tradición de cada comunidad particular, y que es inclusiva en términos ideales, desliga a las tomas de postura de afirmación o negación de los participantes del poder que, en su calidad de sistemas de prejuicios, ejercen los juegos de lenguaje y formas de vida en los que hemos sido socializados en términos meramente convencionales, es decir, de espaldas a la crítica. Pero con ello, en esta comprensión de la política delibera-

76. F. I. Michelman, «Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation»: *Tennessee Law Review* 56 (1989), pp. 291 s.

tiva, articulada en términos de teoría del discurso, penetra, ciertamente, un momento *transcendedor*, que de nuevo provoca dudas y reservas empíricas: «La primera crítica», es la objeción que Sunstein se hace a sí mismo, «sugeriría que es utópico creer que se puede forzar a los representantes a entrar en tal modelo madisoniano»[77]. Desde el ángulo de mira de la teoría del derecho, siempre normativamente orientado, Sunstein puede, ciertamente, invalidar esa objeción. Pero sólo desde un punto de vista distinto, a saber, desde el punto de vista que representa una teoría de la democracia, pueden desarrollar toda su fuerza contra el concepto de política deliberativa introducido en términos de teoría del discurso esas objeciones, dudas y reservas de motivación empírica.

77. C. R. Sunstein, «Interest Groups in American Public Law», p. 76.

VII

POLÍTICA DELIBERATIVA: UN CONCEPTO PROCEDIMENTAL DE DEMOCRACIA

La cuestión de las condiciones de una génesis del derecho que resulte eficaz en lo que respecta a legitimación, hizo que del amplio espectro de los procesos políticos quedase en primer plano el fragmento que representa la política legislativa. Desde el ángulo de mira de la teoría del derecho he descrito ésta como un proceso que viene diferenciado según formas de argumentación y que incluye negociaciones. En las exigentes condiciones procedimentales y presuposiciones comunicativas, de las que depende la producción legítima del derecho, la razón ponedora de normas y examinadora de normas cobra una forma procedimental. Y de entrada no queda claro cómo esta concepción procedimental, tan cargada de idealizaciones, podría conectar con investigaciones empíricas que entienden ante todo la política como un escenario de procesos de poder y la analizan desde el punto de vista de discusiones y enfrentamientos estratégicos, guiados por intereses, o de efectos de control y regulación de carácter sistémico. Esta cuestión no voy a entenderla en el sentido de una *contraposición* entre ideal y realidad; pues el contenido normativo que, de entrada, hemos hecho valer en términos reconstructivos viene inscrito, por lo menos en parte, en la facticidad social de los propios procesos políticos observables. Una sociología de la democracia que proceda en términos reconstructivos tiene por tanto que elegir sus conceptos básicos de suerte que le sea posible identificar en las prácticas políticas, por distorsionadamente que ello sea, partículas y fragmentos ya encarnados de una «razón existente». Este planteamiento no necesita de ningún respaldo proporcionado por ninguna filosofía de la historia; se apoya sólo en la premisa de que la manera de operar de un sistema político articulado en términos de Estado de derecho no puede describirse de modo adecuado, tampoco empíricamente, sin referencia a la dimensión de validez del dere-

cho, y a la fuerza legitimadora que tiene la génesis democrática del derecho.

Hasta aquí hemos venido sometiendo a examen desde el punto de vista de la teoría del derecho una tensión entre facticidad y validez, que es inmanente al derecho mismo. En lo que sigue el tema será la relación *externa* entre facticidad y validez, es decir, la tensión que se da entre la autocomprensión normativa del Estado de derecho, explicada en términos de teoría del discurso, y la facticidad social de los procesos políticos —que más o menos discurren en las formas propias del Estado de derecho—. Con ello retornamos al modo sociológico de consideración de los dos primeros capítulos. Ya desde la propia perspectiva interna de la teoría del derecho podía verse que el sistema de los derechos, tanto ha de interpretarse y configurarse en forma de Constituciones históricas, como ha de implementarse también en órdenes institucionales. Estos dos niveles que representan una teoría comparativa de las Constituciones y un análisis de las instituciones articulado en términos de ciencia política me los saltaré aquí y, en lugar de eso, trataré de hallar transiciones desde los modelos normativos de democracia a las teorías de la democracia planteadas en términos de ciencia social. Los procesos de generación, de distribución y de empleo de poder político nos han ocupado hasta ahora desde el punto de vista de la organización del Estado de derecho. Se trataba de las regulaciones normativas de la relación del poder comunicativo con el poder administrativo y con el poder social. La sociología política considera los mismos fenómenos desde una perspectiva distinta.

Antes de entrar en el próximo capítulo en las teorías «realistas» de la democracia, prepararé progresivamente el necesario cambio de perspectiva. Primero consideraré una concepción de la democracia, reducida en términos empiristas, que elimina del poder y del derecho su aspecto de legitimidad democrática (I). Partiendo de una comparación de modelos normativos de democracia desarrollo después una concepción procedimental del proceso democrático la cual ya no se compadece con la concepción totalizadora de una sociedad centrada en el Estado, y se presenta pretendiendo neutralidad frente a proyectos de vida que compiten entre sí (II). Finalmente, analizo la tentativa de Robert Dahl de una traducción sociológica y un examen o comprobación empíricos de la comprensión procedimental de la democracia, con la finalidad de aclarar qué significa «confrontar» con la realidad de las sociedades supercomplejas la idea de autoorganización de miembros libremente asociados de una comunidad jurídica (III).

I

Parto de que la relación constitutiva entre el poder y el derecho cobra relevancia empírica a través de las presuposiciones conceptualmente inevitables de la producción legítima de normas y a través de la institucionalización de la correspondiente práctica de autodeterminación de los ciudadanos. Este supuesto podría significar una manera tendenciosa de plantear de entrada nuestro tema, pues excluye de antemano una estrategia conceptual empirista. Ésta elimina, en efecto, del concepto de poder precisamente esa autoridad normativa que el poder cobra por su relación interna con el derecho legítimo. Las teorías empiristas del poder, ya estén planteadas en términos de teoría de sistemas, ya en términos de teoría de la acción, no ignoran la impregnación normativa del poder político articulado en términos de derecho, pero la reducen a poder social. Según una lectura, el «poder social» se expresa en la capacidad que tienen de imponerse intereses superiores que pueden ser perseguidos de forma más o menos racional; el «poder político» puede concebirse entonces como una forma abstraída de poder social, articulada de forma estable, que permite intervenciones sobre el «poder administrativo», es decir, sobre los cargos organizados en términos de una jerarquía de competencias. Desde la perspectiva empirista del observador la pretensión de legitimidad del derecho, que se transmite al poder político a través de su forma jurídica, al igual que la necesidad de legitimación que puede cubrirse recurriendo a determinados criterios de validez, caen bajo descripciones *distintas* que desde la perspectiva del participante: las condiciones de aceptabilidad del derecho y del poder político se transforman en condiciones de «aceptancia» y las condiciones de legitimidad se transforman en condiciones de estabilidad de una fe en la legitimidad de la dominación, fe que por término medio correspondería a toda la comunidad jurídica. Un análisis practicado con estos medios conceptuales (u otros semejantes) puede, como aún veremos, someter perfectamente a una crítica clarificadora la autocomprensión normativa del Estado democrático de derecho[1].

Pero una empresa completamente distinta, esto es, una lectura completamente distinta es la que representa una teoría de la democracia, concebida con intención normativa, que se limita a tomar *prestados* de las ciencias sociales la mirada objetivante y los conceptos empiristas básicos. Pues lo que esa teoría trata de demostrar es que las prácticas democráticas, desde la perspectiva de los participantes mismos, pueden legitimarse bajo una descripción empirista. Tal teoría trata de explicar por qué, incluso bajo la premisa de que

1. Cf. más abajo cap. VIII, pp. 409 ss.

las pretensiones de validez de la política y del derecho no lleven anejo sentido cognitivo alguno, las élites y los ciudadanos, en virtud de sus propios intereses, podrían tener buenas razones para contribuir con lo que normativamente se les exige en el juego legitimatorio de las democracias liberales de masas. Si tal modelo de democracia pudiera fundamentarse, la cuestión de la relación externa entre facticidad y validez se habría convertido en superflua, y ello de forma bien elegante; bastaría no tomar ya *at face value* el contenido normativo del Estado de derecho.

Primero (1) someteré a un examen de consistencia la propuesta de Werner Becker de una fundamentación empirista de las reglas de juego democrático. El resultado, más bien insatisfactorio, (2) nos obliga a retornar a los modelos directamente normativos de democracia, con los que ya nos hemos topado.

(1) Becker se sirve de elementos empiristas para desarrollar una teoría normativa de la democracia, es decir, para una teoría proyectada con fines de justificación. Así como el poder se expresa en la superioridad empírica del interés o la voluntad más fuerte, así también el poder estatal se expresa en la estabilidad del orden que logra mantener. La legitimidad se considera medida de la estabilidad, pues objetivamente la legitimidad del Estado se mide por el reconocimiento fáctico de que es objeto por parte de los sometidos a la dominación. Y tal reconocimiento puede ir desde la simple resignación al libre asentimiento. Las razones subjetivas, eficaces en lo que respecta al asentimiento creador de legitimación, pretenden, desde luego, validez dentro del «marco cosmovisional» aceptado en cada caso; pero escapan a un enjuiciamiento objetivo. Una legitimación es tan buena como cualquier otra, con tal que contribuya lo suficiente a la estabilización de la dominación. Según esto, también una dictadura puede considerarse legítima mientras el marco legitimatorio socialmente reconocido posibilite la estabilidad del Estado. Desde el punto de vista de la teoría del poder la calidad de las razones carece de relevancia empírica: «Es una equivocación de los liberales y demócratas creer que las dictaduras sólo pueden sobrevivir bajo la "protección de las bayonetas"»[2].

Becker introduce después el concepto de democracia valiéndose de las reglas de juego que rigen las elecciones generales atenidas al criterio de igualdad de voto, la competencia entre partidos y la dominación de la mayoría. Pero sobre el trasfondo de una comprensión empirista de las normas sociales, conforme a la cual la «validez» de las normas sólo significa que llevan aneja una sanción que garantiza su estabilidad, la teoría no puede ver su tarea en una justifica-

2. W. Becker, *La libertad que queremos*, México, 1990, p. 58.

ción *normativa* de esos ingredientes de la democracia. Antes en lo que a prueba se refiere, lo único que puede pretender es demostrar que los participantes, incluso bajo una descripción empirista, tienen buenas razones para atenerse a las reglas de juego establecidas de una democracia de masas. Esto vale ante todo para la observancia de estas normas por parte de los partidos que tienen el poder: «El partido que está en el poder nunca trata de restringir la actividad política de los ciudadanos o de los partidos mientras éstos no emprendan la tentativa de derrocar al gobierno mediante la violencia». Con esto se corresponde la tranquilidad de los sometidos: «Los partidos que han perdido las elecciones nunca tratan de impedir, mediante la violencia o cualquier otro medio ilegal, que el partido vencedor tome posesión de los cargos»[3]. Bajo estas condiciones está asegurado un turno pacífico en el poder.

La fundamentación de Becker puede reconstruirse como una secuencia de tres pasos dobles, consistiendo la primera parte de cada uno de los pasos en una explicación objetiva y la segunda parte en la tentativa de traducir la explicación dada desde la perspectiva del observador en una explicación *para el participante mismo*, articulada en términos de elección racional. La argumentación habría alcanzado su objetivo en ese punto de indiferencia en el que la explicación objetiva podría ser también aceptada como una explicación suficiente desde la perspectiva del participante.

(*a*) Las reglas de una democracia caracterizada por la competencia entre partidos, que obtiene su legitimidad del voto mayoritario conseguido en unas elecciones libres, iguales y secretas, cobran plausibilidad a partir de una comprensión de sí y del mundo específicamente moderna. Ésta se funda en un «subjetivismo ético», que, por un lado, seculariza la comprensión judeo-cristiana de la igualdad de cada individuo ante Dios y toma por punto de partida la igualdad básica de todos los individuos, pero que, por otro lado, sustituye el fundamento transcendente de los preceptos obligatorios por un sentido inmanente de la validez, es decir, ve anclada la validez de las normas tan sólo en la voluntad de los sujetos mismos. En una lectura empirista la comprensión moderna de la libertad significa entre otras cosas que «la validez de las normas que el hombre particular acepta, viene generada por él mismo a través de su libre asentimiento»[4]. Los individuos mismos son los que producen voluntariamente la validez normativa, mediante el acto de su libre asentimiento. A esta comprensión voluntarista de la validez responde una comprensión positivista del derecho: como derecho se considera aquello y sólo aque-

3. *Ibid.*, p. 64.
4. *Ibid.*, p. 38.

llo que un legislador político, elegido conforme a los criterios establecidos, establece como derecho. En el sentido del «racionalismo crítico», esta convicción no viene racionalmente justificada en ningún sentido, sino que es sólo expresión de una decisión o de una acuñación cultural que fácticamente ha logrado imponerse[5].

Ahora bien, cuando los afectados, desde la perspectiva de participantes, quieren hacer suya esta explicación, caen, ciertamente, en la tentación de buscar fundamentaciones para el subjetivismo ético, sea en derechos humanos de tipo suprapositivo, sea con ayuda de un punto de vista moral, articulado en términos deontológicos, conforme al que sólo sería válido aquello que *todos* pudiesen querer. Pero con tales subterfugios racionalistas, así nos lo enseña el empirismo, no habrían hecho otra cosa que cerrar los ojos ante la ineliminable contingencia de aquello que normativamente tienen por válido. Sin embargo, es precisamente esta conciencia de contingencia la que hace insatisfactoria para ellos, para los participantes en el proceso democrático, la explicación objetiva ofrecida. Necesitan, pues, al menos, una explicación «racional con arreglo a fines» acerca de por qué las normas impuestas por mayoría habrían de ser aceptadas como válidas por la minoría derrotada en cada caso.

(*b*) Bajo el presupuesto de un concepto voluntarista de validez normativa, la pretensión de validez de las decisiones mayoritarias no puede fundamentarse apelando al bien común, a la expectativa colectiva de utilidad o a la razón práctica; pues para ello serían menester criterios objetivos. Becker explica la «aceptancia» de la regla de la mayoría recurriendo a la idea de una domesticación de la lucha por el poder. Si conforme a los supuestos del subjetivismo ético todos poseen igual poder, las mayorías de votos son, cuando menos, una impresionante expresión numérica de la superioridad de fuerza: «Pero si se miran las cosas desde esta perspectiva, entonces esta justificación del procedimiento democrático se nutre de la amenaza de la mayoría de romper el convenio sobre la renuncia a la violencia si las cosas no se hacen como ella quiere... La democracia no significa, según esto, sino que una parte del pueblo domina durante un tiempo sobre la otra»[6]. Cuando a este efecto socio-psicológico de intimidación que tiene la amenaza por parte de un partido numéricamente más fuerte o, por lo menos, simbólicamente más fuerte, se lo considera sobre el trasfondo del peligro latente de una guerra civil, entonces la dominación temporalmente limitada de la mayoría ofrécese como una «aceptable solución del problema del poder» incluso para la minoría.

5. *Ibid.*, pp. 55-56.
6. *Ibid.*, pp. 72-72.

Esta interpretación hobbesiana de la regla de la mayoría puede cobrar una cierta plausibilidad también desde la perspectiva de los participantes cuando la domesticación de las disensiones en las que pueda estallar la violencia se convierte para todos en un objetivo de primer orden. Sin embargo, para los participantes en el proceso democrático mismo la explicación sigue siendo insatisfactoria mientras permanezca sin aclarar cómo las minorías pueden ser protegidas de una tiranía de la mayoría, por pacífica que esa tiranía sea. Además hay que garantizar que las partes en litigio se sometan efectivamente a la regla de la mayoría.

(*c*) Para la protección de las minorías recurre Becker a las libertades fundamentales clásicas. Las mayorías en favor de tales garantías de los intereses de las minorías se explican por el miedo de la mayoría de cada caso a convertirse a su vez en minoría. El peligro de una perpetuación de mayorías tiránicas queda prevenido y obviado porque la mayoría, por miedo a perder su poder, y la minoría, por la perspectiva de una rotación en el poder, se verían motivadas a atenerse a las reglas de juego establecidas. Las condiciones para un turno entre gobierno y oposición se cumplirían porque las élites que compiten entre sí escinden al electorado desde puntos de vista ideológicos en distintos campos, con la finalidad de conseguir mayorías con medios programáticos, por lo general con la promesa de prestaciones sociales que se interpretan de una determinada manera. La producción y obtención de legitimación viene a terminar y consistir, pues, en una integración de medios de «política ideológica» y medios de «política social». Esta integración se explica entre otras cosas porque la satisfacción de intereses sociales con medidas de política de distribución no representa en última instancia nada objetivo, sino que ha menester de una interpretación ideológicamente convincente.

Sin embargo, esta explicación objetiva de la protección de las minorías y del turno en el poder, está cortada a la medida de las constelaciones de intereses de las élites, para las que se trata de alcanzar el poder y de mantenerse en el poder. Pero lo que para éstas es plausible, puede no resultar convincente aún para los ciudadanos. El público de los ciudadanos apenas se dejaría mover a participar en el proceso democrático, o por lo menos a soportarlo con indulgencia, mientras no puedan considerarse a sí mismos sino como botín ideológico de partidos que compiten entre sí. Los ciudadanos querrán poder *convencerse* de que la asunción del gobierno por un partido promete mejores políticas que la asunción del gobierno por un partido distinto: tiene que haber buenas razones para preferir un partido a otro. Y con ello se ha alcanzado, finalmente, el punto en el que lo que resulta convincente desde la perspectiva del observador no

puede traducirse ya en un argumento que resulte igualmente convincente a los participantes. Tal tentativa conduce a contradicciones, si se mantienen las premisas empiristas.

(*d*) El supuesto es que, desde el punto de vista objetivante, la lucha de los partidos políticos por el poder carece de toda dimensión de validez. Becker no se cansa de insistir en que los argumentos políticos se agotan en la función de eficacia *retórica* que desarrollan en el espacio público-político y en que no se enderezan a la aceptabilidad racional: «En la democracia no se trata de averiguar la "verdad objetiva" de los objetivos políticos, antes lo que importa es crear las condiciones para la "aceptancia" democrática de aquellos objetivos que los partidos persiguen. En este aspecto los argumentos políticos... tienen más la función de propaganda, o de armas, con las que se evita el empleo de la violencia corporal, que de afirmaciones que puedan interpretarse como contribuciones al desarrollo de teorías "verdaderas"»[7]. Los conceptos de la discusión y contienda políticas, llenos, ciertamente, de pretensiones y connotaciones normativas, pero muy vagas, tienen un significado emotivo: tienen la función de establecer lazos en y con la población; correspondientemente, el discurso político tiene «una función socio-psicológica, no una función cognitiva»[8].

Becker tiene que explicar por qué no sólo las élites, sino también los ciudadanos se percatan del sentido emotivo de una propaganda pseudo-argumentativa y, sin embargo, la aceptan. La explicación es que la autodescripción empirista no tiene consecuencias desfavorables en lo concerniente a la motivación de los ciudadanos para participar en el proceso político, porque los ciudadanos, aun sin esa descripción, miran ya el proceso político con realismo, considerándolo en términos de formación de compromisos. Pero también los compromisos han de fundamentarse, y ¿qué es lo que funda la «aceptancia» de los compromisos? Por un lado, no hay criterios normativos, recurriendo a los cuales pudiera enjuiciarse la *fairness* de los compromisos. La justicia social, por ejemplo, queda remitida al ámbito de la retórica propagandista: «En la realidad política de las democracias liberales esto (la justicia social) es una idea sistemáticamente superflua»[9]. Por otro lado, los participantes han de poder tener

7. *Ibid.*, p. 94.

8. *Ibid.*, p. 96; cf. pp. 151 s.: «El pluralismo en lo que respecta a visiones del mundo es deseable porque en el proceso de legitimación democrática no se trata de una discusión teórica entre tales concepciones filosóficas o religiosas, enderezada a alcanzar la "verdad", sino sólo de su función como medios de política ideológica con los que obtener mediante su difusión un asentimiento a la garantía estatal de las libertades individuales, que sea susceptible de mayoría. No serían deseables discusiones con influencia pública entre estos planteamientos éticos o cosmovisionales diversos e incluso opuestos, en las que se tratase de averiguar cuál de esos planteamientos es "correcto" y cuál "falso"».

9. *Ibid.*, pp. 187 s.

buenas razones para contraer compromisos: «En las condiciones de un pluralismo político y social competitivo el único contenido de la justicia social no consiste en otra cosa que en un *fair* (!) equilibrio de intereses entre grupos sociales». Esta contradicción no se produce por casualidad. Becker tiene que acabar introduciendo de contrabando algo así como *fairness* como criterio de valoración normativa de los compromisos, pero sin poder declararlo como tal: «El sistema de reglas para el arreglo entre intereses tiene que incluir "igualdad de armas". Pero no es menester un criterio unitario para la valoración del resultado de los arreglos entre intereses, como sugiere el concepto de "justicia social"». Verdad es que los implicados en una negociación no tienen por qué asentir por unas *mismas* razones al resultado convenido en ella. Pero las consideraciones partidistas de prudencia, que cada una de las partes se hace desde su propio punto de vista, presuponen tácitamente el reconocimiento común de razones normativas que justifican el procedimiento mismo como imparcial al explicar por qué han de aceptarse como *fair* los resultados obtenidos de conformidad con el procedimiento.

Al cabo, la sima entre lo que puede afirmarse desde la perspectiva del observador y lo que puede aceptarse desde la perspectiva de los participantes no puede salvarse, pues, mediante consideraciones racionales con arreglo a fines. En ello se refleja la autocontradicción realizativa en la que se ve envuelta una teoría empírica de la democracia planteada con intenciones normativas y que por lo demás viene señalizada ya por el propio autor en el subtítulo del libro: la «decisión por la democracia» que el libro sugiere, no debe entenderse, conforme a sus propias premisas, en el sentido de una decisión *racionalmente fundada*. Pero si se trata de una pura decisión, uno se pregunta con qué clase de texto se las ve el lector. Pues según parece a primera vista, se trata de una teoría filosófica que trata de explicar y justificar las reglas de la democracia liberal. Pero tras haber trabado conocimiento con la teoría, uno se entera de que el autor, para permanecer fiel a sí mismo, sólo puede entender, en el mejor de los casos, su teoría como «*propaganda* cosmovisional en favor de la comprensión que el liberalismo tiene del Estado de derecho».

(2) Ciudadanos racionales, así podemos resumir el resultado de nuestro análisis, no tendrían, bajo una autodescripción empirista de sus prácticas, razón suficiente para respetar las reglas del juego democrático. Manifiestamente, una teoría, que se presenta con la intención de ofrecer justificaciones, no puede empezar eliminando el sentido genuinamente normativo que la comprensión intuitiva de la democracia parece sin duda implicar. Pero si la cuestión de la relación entre norma y racionalidad no puede eludirse por vía de redefiniciones empiristas, no tenemos más remedio que retornar a los

modelos normativos de democracia, que ya hemos introducido, para comprobar si sus concepciones implícitas de la sociedad ofrecen puntos de conexión y contacto con un tipo de consideración articulado en términos de ciencia social.

Según el resultado de nuestras consideraciones relativas a teoría del derecho, el procedimiento que representa la política deliberativa constituye la pieza nuclear del proceso democrático. Esta lectura de la democracia tiene consecuencias para esa concepción de una sociedad centrada en el Estado, de la que parten los modelos habituales de democracia. Pues de esa lectura se siguen diferencias, tanto respecto de la concepción liberal del Estado como guardián de una sociedad económica (en el sentido de centrada en la economía), como respecto de la concepción republicana de una comunidad ética institucionalizada en forma de Estado[10].

Conforme a la concepción liberal el proceso democrático se efectúa exclusivamente en la forma de compromisos entre intereses. Las reglas de la formación de compromisos que, a través del derecho universal e igual de sufragio, a través de la composición representativa de los órganos parlamentarios, a través del modo de decisión, a través de los reglamentos de régimen interior, etc., tienen la finalidad de asegurar la *fairness* de los resultados, se fundan y fundamentan en última instancia en, y desde, los derechos fundamentales liberales. En cambio, conforme a la concepción republicana, la formación democrática de la voluntad se efectúa en la forma de un autoentendimiento ético-político; la deliberación habría de poder apoyarse, en lo que a contenido se refiere, en un consenso de fondo inculcado por la propia cultura en la que se ha crecido y se está; esta precomprensión socio-integradora puede renovarse mediante el recuerdo ritualizado del acto de fundación republicana. La teoría del discurso toma elementos de ambos lados y los integra en el concepto de un procedimiento ideal para la deliberación y la toma de decisiones. Este procedimiento democrático establece una conexión interna entre las consideraciones pragmáticas, los compromisos, los discursos de autoentendimiento y los discursos relativos a justicia y fundamenta la presunción de que bajo las condiciones de un suficiente suministro de información relativa a los problemas de que se trate y de una elaboración de esa información, ajustada a la realidad de esos problemas, se consiguen resultados racionales, o, respectivamente, resultados *fair*. Conforme a esta concepción, la razón práctica se retrae de los derechos humanos universales, en los que insiste

10. D. Held, *Models of Democracy*, Oxford, 1987. Al igual que en el capítulo anterior, al hablar de la concepción «liberal» del Estado, utilizo el término «liberal» en el sentido restringido de una tradición que se remonta a Locke, en la que no cabría incluir a «liberales» del tipo de Dworkin o de Rawls.

el liberalismo, o de la eticidad concreta de una comunidad determinada, en la que insiste el republicanismo, para asentarse en esas reglas de discurso y formas de argumentación que toman su contenido normativo de la base de validez de la acción orientada al entendimiento, y en última instancia, de la estructura de la comunicación lingüística y del orden no sustituible que representan la socialización y «sociación» comunicativas.

Pues bien, en nuestro contexto es importante que con estas descripciones del proceso democrático quedan también colocados los hitos de una conceptuación normativa del Estado y la sociedad. Se presupone simplemente una Administración pública del tipo del «instituto racional del Estado» (Weber), tal como cuajó a principios del mundo moderno con el sistema de Estados europeos y tal como se desarrolló en conexión (y entrelazamiento) funcional con el sistema económico capitalista.

Conforme a la concepción republicana la formación de la opinión y la voluntad políticas de los ciudadanos constituye el medio a través del que se constituye la sociedad como un todo políticamente estructurado. La sociedad es de por sí sociedad política, *societas civilis*; pues en la práctica de la autodeterminación política de los ciudadanos la comunidad se torna, por así decir, consciente de sí misma y opera sobre sí misma a través de la voluntad colectiva de los ciudadanos. Así, democracia viene a significar autoorganización política de la sociedad en conjunto. La consecuencia de ello es una *concepción de la política, polémicamente dirigida contra el aparato estatal*. En los escritos políticos de Hannah Arendt puede verse muy bien esta dirección de choque de la argumentación republicana: contra el privatismo ciudadano de una población despolitizada y contra el autosuministro de legitimación por parte de partidos políticos estatalizados, el espacio de la opinión pública habría de ser revitalizado hasta el punto de que una ciudadanía regenerada pudiese volver a hacer suyo, en las formas de una autoadministración descentralizada, el poder estatal burocráticamente autonomizado. Sólo así se convertiría la sociedad en totalidad política.

La separación del aparato estatal respecto de la sociedad, que la argumentación republicana registra polémicamente, no puede, empero, eliminarse según la concepción liberal, sino sólo salvarse mediante el puente que representa el proceso democrático. La regulación del equilibrio de poder y la regulación del equilibrio entre intereses exigen, ciertamente, una canalización en términos de Estado de derecho. Pero esta formación democrática de la voluntad de ciudadanos autointeresados, con la que la concepción liberal asocia expectativas normativas comparativamente débiles, constituye sólo un elemento dentro de una constitución que tiene por fin disciplinar el poder estatal mediante dispositivos normativos (como son los

derechos fundamentales, la división de poderes, la vinculación a la ley, etc.) y moverlo a tener adecuadamente en cuenta los intereses y orientaciones valorativas sociales a través de la competencia entre partidos políticos, por un lado, y entre gobierno y oposición, por otro. Esta *comprensión de la política, centrada en el Estado*, puede renunciar al supuesto poco realista de una ciudadanía capaz de acción colectiva. Se orienta, no por el *input* que representaría una formación racional de la voluntad política, sino por el *output* que representa un balance exitoso de resultados por parte de la actividad estatal. La dirección de choque de la argumentación liberal tiene por blanco ese potencial de perturbación que representaría un poder del Estado que impidiese el tráfico social espontáneo de las personas privadas. El eje del modelo liberal no es la autodeterminación democrática de ciudadanos deliberantes, sino la normación de una sociedad económica en forma de Estado de derecho, sociedad económica que, a través de la satisfacción de las expectativas de felicidad de personas privadas implicadas en el proceso de producción económica, ha de garantizar un bien común entendido en términos fundamentalmente apolíticos.

La teoría del discurso que asocia con el proceso democrático connotaciones normativas más fuertes que el modelo liberal, pero más débiles que el modelo republicano, vuelve a tomar elementos de ambas partes articulándolos de forma nueva. En concordancia con el republicanismo pone en el centro el proceso de formación de la opinión y la voluntad políticas pero sin entender la Constitución articulada en términos de Estado de derecho como algo secundario; antes los principios del Estado de derecho los entiende, como ya hemos mostrado, como respuesta consecuente a la cuestión de cómo pueden institucionalizarse las exigentes formas de comunicación de una formación democrática de la opinión y la voluntad políticas. El desarrollo y consolidación de una política deliberativa, la teoría del discurso los hace depender, no de una ciudadanía colectivamente capaz de acción, sino de la institucionalización de los correspondientes procedimientos y presupuestos comunicativos, así como de la interacción de deliberaciones institucionalizadas con opiniones públicas desarrolladas informalmente. La procedimentalización de la soberanía popular y la vinculación retroalimentativa del sistema político con las redes (para él) periféricas que representan los espacios públicos políticos se corresponden con la imagen de una sociedad decentrada. En todo caso, esta concepción de la democracia ya no puede operar con el concepto de un todo social centrado en el Estado, al que quepa concebir como un sujeto en gran formato, que actúe orientándose a un fin. Tampoco se representa el todo en un sistema de normas constitucionales que regulasen de forma inconsciente el equilibrio de poder y el equilibrio de intereses conforme al

modelo de lo que sucede en el mercado. La teoría del discurso se despide de las figuras de pensamiento suministradas por la *filosofía de la conciencia* que sugieren, o bien una atribución de la práctica de la autodeterminación de los ciudadanos a un sujeto social global, o bien referir el imperio anónimo de las leyes a sujetos particulares que compiten entre sí. En el primer caso la ciudadanía es considerada como un actor colectivo que refleja al todo reflexionando sobre él y que actúa por él; en el segundo caso los actores individuales hacen de variable independiente en procesos de poder que se efectúan ciegamente porque, allende los actos de elección individual, puede, ciertamente, haber decisiones agregadas, pero no decisiones colectivas tomadas de forma consciente.

La teoría del discurso cuenta con la *intersubjetividad de orden superior* que representan los procesos de entendimiento que se efectúan a través de los procedimientos democráticos o en la red de comunicación de los espacios públicos políticos. Estas comunicaciones, no atribuibles a ningún sujeto global, que se producen dentro y fuera del complejo parlamentario y de sus órganos programados para tomar resoluciones, constituyen ámbitos públicos en los que puede tener lugar una formación más o menos racional de la opinión y de la voluntad acerca de materias relevantes para la sociedad global y necesitadas de regulación. El flujo de comunicación entre la formación de la opinión pública, los resultados electorales institucionalizados y las resoluciones legislativas tienen por fin garantizar que la influencia generada en el espacio de la opinión pública y el poder generado comunicativamente se transformen a través de la actividad legislativa en poder utilizable administrativamente. Al igual que en el modelo liberal, se respetan los límites entre «Estado» y «sociedad». Pero aquí la sociedad civil, en tanto que base social de los espacios públicos autónomos, se distingue tanto del sistema económico como de la Administración pública. De esta comprensión de la democracia se sigue la exigencia normativa de un desplazamiento del centro de gravedad en la relación de esos tres recursos, a saber, el dinero, el poder administrativo y la solidaridad, con los que las sociedades modernas satisfacen su necesidad de integración y su necesidad de regulación y control. Las implicaciones normativas saltan a la vista: la fuerza sociointegradora que representa la solidaridad[11], que ya no puede extraerse sólo de la fuente que representa la acción comunicativa, ha de poder desarrollarse a través de espacios públicos autónomos extraordinariamente diversos y de procedimientos de formación democrática de la opinión y la voluntad, ins-

11. Al igual que en los dos primeros capítulos, empleo aquí el término «solidaridad» no como un concepto normativo sino como una categoría sociológica o de teoría de la sociedad.

titucionalizados en términos de Estado de derecho; y a través del medio que representa el derecho ha de poder afirmarse también contra los otros dos mecanismos de integración de la sociedad, a saber, el dinero y el poder administrativo.

Esta concepción tiene consecuencias para la comprensión de la legitimación y la soberanía popular. Conforme a la concepción liberal, la formación democrática de la voluntad tiene exclusivamente la función de *legitimar* el ejercicio del poder político. Los resultados electorales constituyen una licencia para asumir el poder de gobernar, mientras que el gobierno ha de justificar ante la opinión pública y el Parlamento el uso que hace de ese poder. Conforme a la concepción republicana, la formación democrática de la voluntad tiene la función, esencialmente más fuerte, de *constituir* la sociedad como una comunidad política y mantener vivo con cada elección el recuerdo de ese acto fundacional. El gobierno que resulta de una elección entre equipos dirigentes que compiten entre sí, no sólo queda facultado para el ejercicio de un mandato ampliamente no imperativo, sino que queda también programáticamente obligado a la ejecución de determinadas políticas. Más bien comisión que órgano del Estado, el gobierno es parte de una comunidad política que se administra a sí misma, no cúspide de un poder estatal separado. Con la teoría del discurso entra de nuevo en juego una idea distinta: los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y la voluntad funcionan como importantísima esclusa para la racionalización discursiva de las decisiones de una administración y un gobierno ligados al derecho y a la ley. *Racionalización* significa más que mera legitimación, pero menos que constitución del poder. El poder del que puede disponerse administrativamente cambia su estado de agregación mientras permanece retroalimentativamente conectado con la formación democrática de la opinión y la voluntad, la cual no sólo controla *a posteriori* el ejercicio del poder político, sino que también lo programa más o menos. Pese a lo cual, sólo el sistema político puede «actuar». Es un subsistema especializado en la toma de decisiones colectivamente vinculantes, mientras que las estructuras comunicativas de la opinión pública constituyen una vasta red de sensores que reaccionan a la presión de problemas o situaciones problemáticas que afectan a la sociedad global, y estimulan opiniones influyentes. La opinión pública así elaborada y transformada (conforme a procedimientos democráticos) en poder comunicativo no puede ella misma «mandar», sino sólo dirigir el uso del poder administrativo en una determinada dirección.

El concepto de *soberanía popular* se debe a la apropiación y transvaluación republicana de la idea de soberanía desarrollada a principios del mundo moderno, ligada al Príncipe que gobierna en términos absolutistas. El Estado, que monopoliza los medios de aplicación legítima de la violencia, es concebido como una concentración de poder capaz de subyugar a todos los demás poderes de este mundo. Rousseau transfirió esta figura de pensamiento procedente de Bodino a la voluntad unida del pueblo, la fundió con la idea clásica de la dominación que libres e iguales ejercen sobre sí mismos y la absorbió en el concepto moderno de autonomía. Pese a esta sublimación de tipo normativo, el concepto de soberanía permaneció ligado a la idea de su encarnación en el pueblo (de entrada también físicamente presente). Conforme a la idea republicana, el pueblo, por lo menos potencialmente presente, es el portador de una soberanía que en principio no puede delegarse: en su calidad de soberano el pueblo no puede dejarse representar. El poder constituyente se funda en la práctica de la autodeterminación de los ciudadanos, no de sus representantes. A ello opone el liberalismo la idea, más realista, de que en el Estado democrático de derecho el poder estatal procedente del pueblo sólo «se ejerce en las elecciones y plebiscitos, y a través de los órganos en que se articulan el poder legislativo, el poder ejecutivo y la administración de justicia» (como se dice, por ejemplo, en el artículo 20, sección 2 de la *Grundgesetz* alemana).

Pero estas dos concepciones sólo constituyen una alternativa completa bajo la cuestionable premisa de una concepción del Estado y la sociedad que parte del «todo» y de sus «partes», viniendo constituido ese «todo» por una ciudadanía soberana o por una Constitución. Al concepto discursivo de democracia responde, en cambio, la imagen de una sociedad decentrada que, sin embargo, con la diferenciación que en ella se produce de un espacio para la opinión pública política, diferencia de sí un espacio para la percepción, identificación y tratamiento de problemas concernientes a la sociedad global. Cuando se abandona la conceptuación articulada en términos de «filosofía del sujeto», la soberanía no necesita, ni quedar concentrada en el pueblo entendido éste en términos concretistas, ni tampoco ser desterrada al anonimato de las competencias articuladas en términos de derecho constitucional. El «sí misma», el *self* de la comunidad jurídica que se organiza a *sí misma* desaparece en las formas de comunicación, no susceptibles de ser atribuidas a ningún sujeto, ni en formato pequeño ni en formato grande, en las formas de comunicación, digo, que regulan el flujo de la formación discursiva de la opinión y la voluntad de forma que sus resultados, siempre falibles, tengan a su favor la presunción de racionalidad[12]. Con ello no queda desmentida la intuición aneja a la idea de soberanía popular, pero sí queda interpretada en términos intersubjetivistas. Esa soberanía popular, por anónima que sea la forma que ahora

12. Sobre el concepto de soberanía popular cf. I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt a. M., pp. 176 ss.

adopta, no ha hecho sino replegarse sobre (o traducirse en) los procedimientos democráticos y la implementación jurídica de los exigentes presupuestos comunicativos de esos procedimientos, a fin de hacerse valer como poder comunicativo. En rigor, este último sólo brota de las interacciones entre la «formación de la voluntad» institucionalizada en términos de Estado de derecho, y los espacios públicos movilizados culturalmente, que a su vez tienen su base en las asociaciones de una sociedad civil que guarda la misma distancia respecto del Estado que de la Economía.

La idea de soberanía popular remite en su lectura procedimentalista a las condiciones sociales marco que posibilitan la autoorganización de una comunidad jurídica, pero que por su parte no están sin más a disposición de la voluntad de los ciudadanos. La autocomprensión normativa de la política deliberativa exige, ciertamente, *para la comunidad jurídica* un modo discursivo de «sociación»; pero éste no se extiende al todo de la sociedad, en la que está inserto el sistema político articulado en términos de Estado de derecho. Pues también conforme a la idea que de sí misma tiene, la política deliberativa no es sino un ingrediente de una sociedad compleja que en su conjunto escapa al tipo de consideración normativa que representa la teoría del derecho. En este aspecto la lectura que venimos efectuando de la democracia en términos de teoría del discurso, conecta con un tipo de consideración distanciada en términos de ciencia social, para el que el sistema político no es ni cúspide de la sociedad, ni tampoco el centro de la sociedad, ni tampoco un modelo de la sociedad a partir del que viniesen acuñadas las estructuras de ésta, sino sólo *un* sistema de acción entre otros. Y porque la política asume para la solución de aquellos problemas de la sociedad que ponen en peligro la integración de ésta, una especie de garantía para el caso en que fallen otros mecanismos, precisamente por eso la política tiene, por otra parte, que poder comunicar, a través del medio que representa el derecho, con todos los demás ámbitos de acción ordenados en términos de legitimidad, cualquiera sea el modo como éstos se estructuren, o el modo como éstos vengan regulados o controlados. El sistema político no sólo depende en un sentido trivial de las aportaciones de otros subsistemas, como son, por ejemplo, las aportaciones fiscales que le provienen del sistema económico; antes la política deliberativa, lo mismo cuando se efectúa conforme a los procedimientos formales de formación institucionalizada de la opinión y la voluntad, que cuando sólo se efectúa informalmente en las redes del espacio público-político, guarda una interna conexión con los contextos de un mundo de la vida por su parte racionalizado, cuyas estructuras favorezcan la lógica interna de esa política. Precisamente las comunicaciones políticas que se efectúan a través del filtro de la deliberación dependen de recursos del mundo de la vida —de una cultura política habituada a

la libertad y de una socialización política de tipo ilustrado, y sobre todo de las iniciativas de las asociaciones formadoras de opinión— que en buena parte se forman y regeneran de manera espontánea, o que en todo caso son difícilmente accesibles a las intervenciones directas del aparato político.

II

El concepto discursivo de democracia, que se desliga a sí mismo de las ideas tradicionales de una sociedad constituida políticamente, no es, pues, de antemano incompatible con la forma y modo de operación de las sociedades funcionalmente diferenciadas. Por otra parte queda la duda de si, y en su caso la cuestión de cómo, el modo de «sociación» discursiva que suponemos para la asociación de miembros iguales y libres en que consiste la comunidad jurídica, es decir, queda la duda de si, y en su caso la cuestión de cómo, la autoorganización de la comunidad jurídica es en general posible en las condiciones de reproducción de una sociedad compleja. Para poder decidir esta cuestión de una manera informada importa operacionalizar el núcleo procedimental de la democracia en el nivel correcto. En el procedimiento democrático se nos presenta en forma pragmática el contenido ideal de la razón práctica; y las formas de institucionalización del procedimiento democrático constituyen el criterio por el que se mide la realización del sistema de los derechos. La *traducción sociológica* de la comprensión procedimentalista de la democracia, ni debe apuntar demasiado alto, ni tampoco quedarse demasiado bajo, en lo que respecta a ese contenido normativo.

En la introducción a su teoría de la democracia N. Bobbio[13] sigue una estrategia deflacionista. Empieza registrando algunos cambios sociales globales, que no vienen precisamente a facilitar el desempeño de la promesa de las concepciones clásicas: sobre todo, el surgimiento de una sociedad policéntrica de grandes organizaciones, en la que la influencia y el poder político pasan a actores colectivos y cada vez pueden ser menos adquiridos y ejercidos por los individuos asociados; también la multiplicación de grupos de intereses que compiten entre sí, que dificultan una formación imparcial de la voluntad; además, el crecimiento de las burocracias estatales y de las tareas públicas, que fomenta una dominación de los expertos; finalmente, el extrañamiento de las masas apáticas respecto de las élites, las cuales se autonomizan oligárquicamente frente a unos ciudadanos tratados en términos paternalistas. Sobre el trasfondo de estas constataciones escépticas, Bobbio se ve llevado a una determi-

13. N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, Barcelona, 1985.

nación muy precavida de las reglas del juego democrático: «Doy por sentado que el único modo de entenderse cuando se habla de democracia, en cuanto algo contrapuesto a toda forma de gobierno autocrático, es el considerarla caracterizada por un conjunto de reglas... que establecen *quién* está autorizado a tomar las decisiones colectivas y con qué *procedimientos*»[14]. Las democracias cumplen el «mínimo procedimental» necesario en la medida en que garanticen (*a*) la participación política del númerc mayor posible de ciudadanos interesados, (*b*) la regla de la mayoría para las decisiones políticas, (*c*) los derechos de comunicación habituales y con ello la selección entre programas diversos y grupos rectores diversos y (*d*) la protección de la esfera privada[15]. La ventaja de esta definición minimalista consiste en su carácter descriptivo. Comprende el contenido normativo de sistemas políticos del tipo de los que ya existen en las sociedades occidentales organizadas en términos de Estado nacional. Por eso puede llegar Bobbio a la conclusión de que «El contenido mínimo del Estado democrático no se ha deteriorado: garantía de los principales derechos de libertad, existencia de varios partidos en competencia entre sí, elecciones periódicas mediante sufragio universal, decisiones colectivas o pactadas o tomadas sobre la base del principio de la mayoría; y en todo caso siempre tras un libre debate entre las partes o entre los aliados de una coalición gubernamental»[16].

Por otro lado, esta operacionalización no agota en modo alguno el contenido normativo del procedimiento democrático tal como se presenta desde el punto de vista reconstructivo de la teoría del derecho. Aun cuando se señalan las controversias públicas entre varios partidos como condición necesaria para el modo democrático de decisión, la definición propuesta no toca el núcleo de una comprensión genuinamente procedimentalista de la democracia. Pues el *quid* de esa comprensión radica en que el procedimiento democrático institucionaliza discursos y negociaciones con ayuda de formas de comunicación que, para todos los resultados obtenidos conforme al procedimiento, habrían de fundar la presunción de racionalidad. Nadie ha subrayado esta concepción de forma más enérgica que John Dewey: «La regla de la mayoría, justo como regla de la mayoría, es tan tonta como sus críticos dicen que es. Pero nunca es *simplemente* la regla de la mayoría... Los medios por los que una mayoría llega a ser una mayoría es aquí lo importante: debates previos, modificaciones de los propios puntos de vista para hacer frente a las opiniones minoritarias... La necesidad esencial, en otras palabras, es la mejora de los métodos

14. *Ibid.*, p. 21.
15. *Ibid.*, p. 72: «Paralelamente a la necesidad de gobierno está el deseo de no ser gobernados en absoluto y de ser dejados en paz».
16. *Ibid.*, p. 46.

y condiciones del debate, de la discusión y la persuasión»[17]. La política deliberativa obtiene su fuerza legitimadora de la estructura discursiva de una formación de la opinión y la voluntad que sólo puede cumplir su función sociointegradora gracias a la expectativa de *calidad* racional de sus resultados. De ahí que el nivel discursivo del debate público constituya la variable más importante. Y ésta no puede desaparecer en la caja negra de una operacionalización que se contente con indicadores poco selectivos. Antes de hacer mía una propuesta que tiene en cuenta este aspecto, desarrollaré (1) el concepto de una política deliberativa de doble vía y la defenderé (2) contra las objeciones de la parte comunitarista y de la parte liberal.

(1) Joshua Cohen explica el concepto de política deliberativa recurriendo a un «procedimiento ideal» de deliberación y toma de decisiones, que ha de «reflejarse» lo más posible en las instituciones sociales. Pero Cohen no se desprende con la suficiente energía de la idea de una sociedad regulada y controlada *en conjunto* en términos deliberativos y, por tanto, constituida políticamente: «La noción de una democracia deliberativa está enraizada en el ideal intuitivo de una asociación democrática en la que la justificación de los términos y condiciones de la asociación tiene lugar a través de la argumentación y del razonamiento público entre ciudadanos iguales. En tal orden los ciudadanos comparten el compromiso de resolver los problemas de elección colectiva mediante el razonamiento público y tienen a sus instituciones básicas por legítimas en la medida en que éstas establecen un marco para la deliberación pública libre»[18]. Frente a esto, el procedimiento que en lo que sigue quedará definido más en detalle, del cual obtienen su legitimidad las resoluciones producidas de conformidad con él, lo entenderé como la estructura nuclear de un sistema político diferenciado, articulado en términos de Estado de derecho, pero no como modelo para *todas* las instituciones sociales (y ni siquiera para todas las estatales). Si a la política deliberativa hubiera de hinchársela convirtiéndola en una estructura que determinase a la totalidad social, el modo de «sociación» discursiva esperado en el *sistema jurídico* habría de ampliarse y transformarse en una autoorganización *de la sociedad* y empapar la complejidad de ésta en conjunto. Mas ello no es posible: basta darse cuenta de que el procedimiento democrático depende de contextos de inserción que él no puede regular.

Ello no obstante, Cohen caracteriza convincentemente el procedimiento mismo mediante los siguientes *postulados*:

17. J. Dewey, *The Public and its Problems*, Chicago, 1954, pp. 207 s.
18. J. Cohen, «Deliberation and Democratic Legitimacy», en A. Hamlin y B. Pettit (eds.), *The Good Polity*, Oxford, 1989, pp. 17 ss.

(*a*) Las deliberaciones se efectúan en forma argumentativa, es decir, mediante el intercambio regulado de informaciones y razones entre partes que hacen propuestas y las someten a crítica[19]. (*b*) Las deliberaciones son «inclusivas» y públicas. En principio no puede excluirse a nadie; todos los que puedan verse afectados por las resoluciones han de tener las mismas oportunidades de acceso y participación. (*c*) Las deliberaciones están exentas de coerciones externas. Los participantes son soberanos en la medida en que sólo están ligados a los presupuestos comunicativos y reglas procedimentales de la argumentación[20]. (*d*) Las deliberaciones están exentas de coerciones internas que puedan mermar la igual posición de los participantes. Todos tienen las mismas oportunidades de ser escuchados, de introducir temas, de hacer contribuciones, de hacer propuestas y de criticarlas. Las posturas de afirmación o negación vienen sólo motivadas por la coerción sin coerciones del mejor argumento[21].

Ulteriores condiciones especifican el procedimiento en lo que respecta al *carácter político* de las deliberaciones:

(*e*) Las deliberaciones se enderezan en general a alcanzar un acuerdo racionalmente motivado y pueden en principio proseguirse ilimitadamente o retomarse en cualquier momento. Pero a las deliberaciones políticas ha de ponérseles término mediante acuerdo mayoritario habida cuenta de que la coerción de las circunstancias nos obliga a decidir. A causa de su conexión interna con una práctica deliberativa la regla de la mayoría funda la presunción de que la opinión mayoritaria, falible, puede servir como base racional de una praxis común «hasta nuevo aviso», es decir, hasta que la minoría haya convencido a la mayoría de la corrección de sus (de la minoría) concepciones[22]. (*f*) Las deliberaciones políticas se extienden a la totalidad de las materias que pueden regularse en interés de todos por igual.

19. «La deliberación es razonada en el sentido de que se exige que quienes participan en ella expongan sus razones al presentarse las propuestas, apoyándolas o criticándolas... Las razones se ofrecen con el fin de conseguir que los demás acepten la propuesta, teniendo en cuenta sus muy diversos fines y su compromiso por establecer las condiciones de su (de ellos) asociación mediante una libre deliberación entre iguales» (J. Cohen, «Deliberation and Democratic Legitimacy», p. 22).

20. «La consideración que hacen de las propuestas no viene constreñida por la autoridad de normas o exigencias anteriores» (*ibid.*, p. 22).

21. «Los participantes son sustancialmente iguales en el sentido de que la distribución existente de poder y recursos no configura sus oportunidades de contribuir a la deliberación, ni tampoco esa distribución ejerce ningún papel de autoridad en la deliberación en la que están implicados» (*ibid.*, p. 23).

22. «Ni siquiera en condiciones ideales puede suponerse que siempre hayan de alcanzarse razones consensuales. Si no se alcanzan, entonces la deliberación habrá de concluir con una votación sometida a alguna forma de regla de la mayoría. El hecho de que la deliberación pueda concluir así no elimina, sin embargo, la distinción entre formas deliberativas de elección colectiva y formas que resultan de la agregación de preferencias no deliberativas» (*ibid.*, p. 23).

Pero esto no significa que los temas y objetos que conforme a la concepción tradicional son de naturaleza «privada», hayan *a fortiori* de quedar sustraídos a la discusión. Públicamente relevantes son en especial las cuestiones relativas a la desigual distribución de aquellos recursos de los que fácticamente depende el ejercicio de iguales derechos de comunicación y participación[23]. (*g*) Las deliberaciones políticas se extienden también a la interpretación de las necesidades y al cambio de actitudes y preferencias prepolíticas. En tal caso la fuerza que tienen los argumentos de crear consenso, en modo alguno descansa solamente en un consenso valorativo desarrollado con anterioridad en las tradiciones y formas de vida comunes[24].

Toda asociación que institucionalice tal procedimiento con el fin de regular democráticamente las condiciones de su convivencia, se constituye en virtud de ello en comunidad de ciudadanos. Tal asociación constituye una comunidad jurídica particular, delimitada en el espacio y en el tiempo, con formas de vida y tradiciones específicas. Pero esta incanjeable identidad no es la que la caracteriza *como* comunidad política de ciudadanos. Pues el proceso democrático lo dominan principios *generales* de justicia, que son elemento constitutivo de toda comunidad de ciudadanos por igual. En una palabra, el procedimiento ideal de deliberación y toma de decisiones presupone como portador una asociación que consiente en regular *imparcialmente* las condiciones de su convivencia. Lo que asocia a los miembros de la comunidad jurídica es en última instancia el lazo y vínculo lingüístico que mantiene unida a toda comunidad de comunicación[25].

23. «Las desigualdades de riqueza o la ausencia de medidas institucionales para compensar las consecuencias de esas desigualdades pueden tener por consecuencia el minar la igualdad exigida en las propias esferas deliberativas» (*ibid.*, p. 27); cf. también J. Cohen y J. Rogers, *On Democracy*, New York, 1983, cap. 6, pp. 146 ss.; W. E. Connolly, *The Terms of Political Discourse*, Lexington, Mass., 1974.

24. «Las concepciones relevantes del bien común no comprenden simplemente intereses y preferencias que anteceden a la deliberación. Al revés, los intereses, fines e ideales que el bien común comprende son aquellos que sobreviven a la deliberación, intereses a los que, apoyándonos en la reflexión pública, nos sentimos legitimados a apelar, a fin de reclamar recursos públicos para satisfacerlos» (*ibid.*, p. 23).

25. Cf. el tratamiento que M. Walzer hace de los problemas de integración que en las sociedades modernas vienen provocados por la creciente movilidad de las parejas, del lugar de residencia, de la posición social, y de las lealtades políticas. Estas «cuatro movilidades» representan un aflojamiento de las ligaduras de tipo adscriptivo que ataban al individuo a su familia, a su espacio vital, a su procedencia social y a su tradición política. Para los individuos afectados ello implica una equívoca o ambigua liberación o emancipación respecto de formas de vida socialmente integradas, pero marcadas por dependencias, respecto de formas de vida que ejercían una función orientadora y protectora, aunque también cargada de prejuicios y opresora. Tal liberación es ambivalente, porque introduce al individuo en crecientes espacios de opción individual y con ello en una libertad que, por un lado, en tanto que libertad negativa, lo aísla y lo obliga a una realización «racional con arreglo a fines» de sus propios intereses, pero que, por otro lado, en tanto que libertad positiva, también lo pone en

En esta imagen de la política deliberativa, que nos da J. Cohen, no sólo faltan importantes diferenciaciones internas (que ya efectué en el capítulo IV), sino que también se echa en falta toda afirmación acerca de la relación entre el aspecto formal y el aspecto informal en la formación de la opinión y de la voluntad, es decir, entre las deliberaciones orientadas a la decisión que vienen reguladas por *procedimientos democráticos*, y los procesos informales de formación de la opinión en el espacio público-político. En la medida en que esos procedimientos no se restringen (como sucede en el caso de las elecciones generales) a la organización de votaciones a las que sólo *antecede* una formación informal de la voluntad, regulan por lo menos también la composición y modo de trabajo de órganos que se «reúnen» para «tratar» en «asamblea» un «orden del día» y, en caso necesario, tomar acuerdos. En el establecimiento de procedimientos parlamentarios las competencias en lo concerniente a toma de decisiones (con la correspondiente atribución de responsabilidades políticas) constituyen el punto de referencia bajo el que se constituyen espacios públicos limitados en su composición y limitados asimismo en el tiempo, y bajo el que se especifica el posible contenido de los temas y se configura el tipo de su tratamiento argumentativo. Los procedimientos democráticos en tales espacios públicos así organizados estructuran procesos de formación de la opinión y la voluntad con miras a la solución cooperativa de cuestiones prácticas, incluyendo la negociación de compromisos que quepa calificar de *fair*. El sentido operativo de estas regulaciones no es tanto el descubrimiento e identificación como la elaboración de problemas, no es tanto la sensibilización para nuevos problemas como la justificación de la selección que se ha hecho de esos problemas, y de la decisión que se ha tomado entre propuestas de solución que compiten unas con otras. Los espacios públicos en el interior de los órganos parlamentarios están estructurados predominantemente como *contexto de justificación*. Y no sólo dependen de un trabajo administrativo previo y de un trabajo administrativo posterior, sino que dependen también del *contexto de descubrimiento* que representa un espacio público no regulado por procedimientos, es decir, el espacio público del que es portador el público general que forman los ciudadanos.

situación de entablar nuevas relaciones sociales por propia iniciativa, de apropiarse críticamente tradiciones y de proyectar conscientemente su propia identidad. Conforme a la concepción de Walzer, es en última instancia la estructura lingüística de la socialización la única que puede proteger ya de la desintegración: «Cualquiera sea el alcance de estas cuatro movilidades, no parece que nos lleven tan lejos ni que nos separen tanto que ya no podamos *hablar* unos con otros... Precisamente el conflicto político de las sociedades liberales rara vez reviste formas tan extremas como para poner a sus protagonistas allende la negociación y el compromiso, la justicia procedimental y la posibilidad misma de *hablar*» («The Communitarian Critique of Liberalism»: *Political Theory* 18 [1990], pp. 13 s.).

Este público «débil» es el portador de la «opinión pública»[26]. La formación de la opinión desligada de la toma de acuerdos o decisiones, se efectúa en una red abierta e inclusiva de espacios públicos subculturales que se solapan unos con otros, con límites temporales, sociales y objetivos fluidos. Las estructuras de tal espacio público pluralista se forman de manera más o menos espontánea dentro de un marco garantizado en términos de derechos fundamentales. Las corrientes de comunicación en principio ilimitadas fluyen a través de los espacios públicos organizados en el interior de las distintas asociaciones, los cuales constituyen a su vez ingredientes informales del espacio público general. Y la totalidad de ellos constituye un complejo «salvaje» que no se deja organizar en conjunto. A causa de su estructura anárquica el espacio público general resulta, por un lado, mucho más desprotegidamente expuesto (que los espacios públicos organizados dentro del complejo parlamentario) a los efectos de represión y exclusión provenientes de la desigual distribución del poder social, al poder estructural y a la comunicación sistemáticamente distorsionada. Por otro lado, tiene la ventaja de ser un medio de comunicación *no restringida*, en el que los nuevos problemas pueden percibirse de forma más sensible, los discursos de autoentendimiento pueden efectuarse de forma más extensa y expresiva, y las identidades colectivas e interpretaciones de las necesidades pueden articularse de forma más espontánea que en los espacios públicos regulados por procedimientos. La formación de la opinión y la voluntad, estructurada formalmente en términos democráticos, dependen del aflujo de opiniones públicas informales que, en el caso ideal, se forman en las estructuras de un espacio público no menoscabado en su espontaneidad. El espacio público tiene, por su parte, que poder apoyarse en una base social en la que los iguales derechos de ciudadanía hayan cobrado eficacia social. Sólo sobre una base que haya escapado de las barreras de clase y se haya sacudido las cadenas milenarias de la estratificación social y la explotación social, puede desarrollarse plenamente el potencial de un pluralismo cultural capaz de funcionar conforme a su propia lógica y a su aire, un potencial que, sin duda alguna, es tan rico en conflictos como en formas de vida generadoras de significado y sentido. Pero la solución comunicativa de *estos* conflictos constituye en una sociedad secularizada, que ha aprendido a habérselas de forma consciente con su propia complejidad, la única fuente para una solidaridad entre extraños que hacen renuncia a la violencia y que, al regular coo-

26. Cf. N. Fraser, «Rethinking the Public Sphere», en C. Calhoun, *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, Mass., 1992, p. 134: «Llamaré públicos débiles a aquellos públicos cuya práctica deliberativa consiste exclusivamente en formación de la opinión y no incluye también la toma de decisiones».

perativamente su convivencia, se conceden también mutuamente el derecho de *permanecer* extraños los unos a los otros.

(2) *Excurso sobre la neutralidad del procedimiento.* La política deliberativa se nutre, pues, de una interacción entre la «formación de la voluntad» formalmente articulada en términos democráticos y la formación informal de la opinión. La política deliberativa no discurre de forma autárquica por las vías de una deliberación y toma de resoluciones reguladas por procedimientos. Y tenemos que mantener a la vista esta necesidad que el procedimiento democrático tiene de ser complementado, para poder discutir ahora las objeciones que básicamente se han hecho contra la presunta neutralidad de las reglas de juego de este tipo[27]. Las objeciones se enderezan en primera línea contra una propuesta de explicación de Bruce Ackerman que explica el procedimiento democrático recurriendo a las formas de un discurso legitimatorio en el que el ocupante de posiciones de poder ha de defender contra sus oponentes sus decisiones políticas de principio. Ese discurso obedece a reglas que tienen por fin posibilitar un enjuiciamiento imparcial y consistente de cuestiones prácticas[28]. En particular, el ocupante de posiciones de poder, y ésta es la piedra de escándalo, ha de haberse de forma *neutral* frente a concepciones de la vida buena incompatibles entre sí y que compiten unas con otras: «Ninguna razón puede considerarse una buena razón si exige de quien ocupa posiciones de poder que afirme: (*a*) que su concepción del bien es mejor que la afirmada por cualquiera de sus conciudadanos o (*b*) que, con independencia de su concepción del bien, él es intrínsecamente superior a uno o más de sus conciudadanos»[29]. La neutralidad significa en primer lugar la primacía de lo justo sobre lo bueno, fundada en términos de lógica de la argumentación, es decir, la *primacía* de las cuestiones relativas a la justicia sobre las cuestiones relativas a la vida buena.

Pero si, además de eso, la neutralidad exigiese que del discurso político se *excluyesen* las cuestiones éticas, éste tendría que perder la fuerza que tiene de cambiar racionalmente las actitudes prepolíti-

27. Cf. las ponencias del «Symposion on Justice»: *Ethics* 93 (1983); también, S. Benhabib, «Liberal Dialogue vs. a Critical Theory of Discursive Legitimation», en N. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Mass., 1989, pp. 145 ss.; J. D. Moon, «Constrained Discourse and Public Life»: *Political Theory* 19 (1991), pp. 202-229.

28. B. Ackerman, *Justicia social en el Estado liberal*, Madrid, 1993, p. 37: «Cuando alguien cuestiona la legitimidad del poder de alguien, quien tiene el poder ha de responder no suprimiendo a quien pregunta, sino dando una razón que explique por qué tiene más derecho a la fuerza que el que tiene quien cuestiona la legitimidad»; p. 39: «La razón que dé quien tiene el poder no ha de ser inconsistente con las razones que dé para justificar sus demás pretensiones de poder».

29. *Ibid.*, p. 43.

cas, las interpretaciones de las necesidades y las orientaciones valorativas. Y efectivamente, conforme a esta lectura de la neutralidad, efectuada en términos de «restricciones conversacionales», las cuestiones prácticas que *prima facie* resultan controvertibles, sencillamente se las debe dejar estar sin perseguirlas más[30]. Esto viene a parar en tratar las cuestiones relativas al bien como asuntos «privados». Y bajo esa premisa, la neutralidad del procedimiento sólo vendría asegurada mediante «reglas de evitación» o «reglas de mordaza» (*gag rules*)[31] y, por tanto, se la haría depender de las distinciones tradicionales entre lo privado y lo público, las cuales, por su parte, quedarían sustraídas a la discusión. Pero una restricción hasta tal punto rígida, que excluya *a fortiori* cuestiones éticas, prejuzgaría por lo menos implícitamente el orden del día en favor del trasfondo a que se está habituado por tradición. Si ni siquiera podemos empezar sometiendo a discusión nuestras diferencias de opinión, no podremos *sondear* las posibilidades de un acuerdo alcanzable discursivamente. A consecuencia de ello Ch. Larmore propone una lectura distinta: «En particular, el ideal de la neutralidad política no niega que tal discusión debería comprender no sólo la determinación de cuáles son las consecuencias probables de decisiones alternativas y la determinación de si ciertas decisiones pueden justificarse neutralmente, sino también una clarificación de la noción que uno tiene de la vida buena y un intento de convencer a los otros de la superioridad de los distintos aspectos de la visión que uno tiene del florecimiento humano. El ideal exige solamente que mientras algún punto de vista acerca de lo que deba considerarse vida buena siga siendo objeto de controversia, ninguna decisión del Estado podrá justificarse sobre la base de la supuesta superioridad o inferioridad intrínsecas (de ese punto de vista)»[32]. En este punto nodal se ramifica la discusión, porque también esta versión tolerante de la tesis de neutralidad es objeto de disputa, y, por cierto, desde orientaciones opuestas.

Del *lado comunitarista* proviene la objeción radical de que los criterios para un enjuiciamiento imparcial de las cuestiones prácticas no pueden separarse del contexto de determinadas interpretaciones del mundo y de determinados proyectos de vida: ningún principio presuntamente neutral puede en verdad ser nunca neutral. Todo procedimiento aparentemente neutral no haría sino reflejar una determinada concepción de la vida buena, en el caso de

30. B. Ackerman, «Why Dialogue?»: *Journal of Philosophy* 86 (1989), p. 16: «Tendríamos simplemente que no decir nada en absoluto sobre (cualquier) desacuerdo y dejar fuera del "orden del día" conversacional los ideales morales que nos dividen».

31. Cf. St. Holmes, «Gag Rules or the Politics of Omission», en J. Elster y R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, 1988, pp. 19-58.

32. Ch. Larmore, *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge, 1987, p. 47.

Ackerman la concepción que el liberalismo tiene de la vida buena. Un procedimiento neutral no habría de servir, ni siquiera implícitamente, a la realización de valores preferidos o a la realización de objetivos que, por ejemplo, se revelasen como superiores desde la perspectiva de la comprensión liberal de la política o de la comprensión liberal del Estado; pues de otro modo se verían perjudicados los ciudadanos con concepciones distintas y con orientaciones valorativas distintas. Esta objeción quedaría invalidada si se lograse justificar el principio de neutralidad como ingrediente necesario de una práctica sin alternativas o de una práctica *ineludible*. «Ineludible» es una práctica cuando cumple funciones de vital importancia y no puede sustituirse por ninguna otra. A este tipo de ineludibilidad alude Ackerman con su pregunta: «Si despreciamos este tipo de conversación sometida a restricciones, ¿cómo nos las arreglaremos unos con otros?, ¿habría otro camino que el de la excomunión o el de la simple supresión?»[33]. Cuando nos vemos confrontados con cuestiones relativas a la regulación de conflictos o a la persecución de objetivos colectivos y queremos evitar la alternativa que representarían los enfrentamientos violentos, no tenemos más remedio que recurrir a una práctica de entendimiento, de cuyos procedimientos y presupuestos comunicativos no podemos disponer a voluntad.

Esto lleva a Ch. Larmore a derivar el principio de neutralidad de una regla general o universal de la argumentación: «La justificación neutral de la neutralidad política se basa en lo que, a mi juicio, es una norma universal del diálogo racional. Cuando dos personas difieren sobre algún punto específico, pero desean seguir hablando acerca del problema general que están tratando de resolver, cada uno ha de prescindir de las creencias que los otros rechazan, (1) con el fin de construir un argumento sobre la base de sus otras creencias que pueda convencer al otro de la verdad de la creencia en litigio, o (2) con el fin de derivar hacia otro aspecto del problema, donde las posibilidades de acuerdo parezcan mayores. Al enfrentarse con un desacuerdo, quienes tratan de continuar la conversación no tienen más remedio que retirarse hacia un terreno neutral, con la esperanza o bien de resolver la disputa, o bien de obviarla»[34]. El tránsito exigido en los «diálogos neutrales» desde la constatación de un disentimiento ético hasta el nivel de abstracción superior que representa un discurso relativo a justicia, en el que se examina qué es lo que en el reconocimiento de tal disentimiento redunda en interés de

33. B. Ackerman, «What is Neutral about Neutrality?», p. 390.

34. Ch. Larmore, *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge, 1987, p. 53; una formulación algo distinta de esta «norma del discurso racional» se encuentra en Ch. Larmore, «Political Liberalism»: *Political Theory* 18 (1990), p. 347.

todos por igual, se plantea entonces como caso especial de una regla universal de argumentación[35].

Frente a esta propuesta la objeción comunitarista puede radicalizarse una vez más. Aun cuando el principio de neutralidad pudiera hacerse derivar de una regla general de la argumentación, la reconstrucción de tales reglas habría de basarse en el saber intuitivo de participantes individuales en la argumentación, normalmente en nuestro propio saber. Pues sólo desde la perspectiva de los participantes puede darse reflexivamente cobro a las condiciones, implícitamente ya siempre sabidas, concernientes al desempeño o resolución discursivos de una pretensión de validez. Pero este procedimiento podría tener por consecuencia «que cuando las concepciones que los individuos tienen acerca de la vida buena entran en conflicto, esos individuos tengan también a menudo nociones algo diferentes de las condiciones ideales bajo las que creen que podrían justificar su concepción ante los demás»[36]. Larmore presume un cierto entrelazamiento del saber gramatical de tipo general o universal con una imagen lingüística particular del mundo o con la comprensión individual de sí y del mundo. Pero aun cuando se admita esto, en el peor de los casos habrá que contar con una distorsión perspectivista de la *explicitación* de nuestro saber práctico previamente adquirido, pero no con una multiplicación perspectivista de este saber *mismo*, empleado ya siempre intuitivamente. La *reconstrucción* siempre falible, y que, por tanto, en un determinado caso puede ser falsa no afecta al saber siempre ya *actuante*[37]. De ahí que podamos partir de que la práctica de la argumentación constituye un foco en el que los esfuerzos que los distintos participantes en la argumentación, por distinto que sea el origen de éstos, desarrollan por entenderse, se salen al encuentro unos de otros por lo menos intuitivamente. Pues conceptos como el de verdad, el de racionalidad, el de fundamentación o el de consenso desempeñan en todas las lenguas y en toda comunidad de lenguaje el *mismo papel gramatical*, por diversa que sea la interpretación de que son objeto, y por diversos que sean los criterios con que son aplicados[38]. Éste es por lo menos el caso de las sociedades modernas, las cuales, al haber de operar con el derecho positivo, con una política secularizada y con una moral racional, han pasado a situarse en un

35. Paso por alto la correspondiente discusión acerca del concepto *overlapping consensus* de John Rawls: J. Rawls, «The Idea of an Overlapping Consensus», en Id., *Political Liberalism*, New York, 1993; sobre ello J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 204 ss.

36. Ch. Larmore, *Patterns of Moral Complexity*, p. 58.

37. Sobre el procedimiento de una reconstrucción falibilista del saber preteórico, cf. J. Habermas, «¿Qué significa pragmática universal?», en Id., *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, 1989, pp. 299 ss.

38. J. Habermas, *Pensamiento postmetafísico*, Madrid, 1990, pp. 179 ss.

nivel postconvencional de justificación o fundamentación y exigen de sus miembros una actitud reflexiva respecto de las propias tradiciones culturales[39]. Pero en cuanto el saber practicado se convierte en un saber explícito acerca de las reglas y presuposiciones del discurso racional y en cuanto este saber se transforma, por su parte, en institucionalización de procedimientos de deliberación y toma de decisiones, en el curso de ese proceso de explicitación pueden ponerse en juego diferencias de interpretación. También éstas cristalizan en las diferencias que se dan entre las Constituciones históricas, las cuales interpretan y configuran de forma distinta el sistema de los derechos.

También desde el *punto de vista liberal* la lectura no-restrictiva de la tesis de la neutralidad se expone a objeciones. Las objeciones liberales se enderezan contra la apertura del discurso político a cualesquiera cuestiones y a todos los argumentos que pudiese aportar algún partido. Ponen en tela de juicio la tesis, defendida sobre todo por las feministas, de que *todos* los temas que por lo menos uno de los participantes pueda tener por públicamente relevantes, tienen que poder también tematizarse públicamente. Pues estas autoras temen que una versión rígida del principio de neutralidad permita mantener lejos del orden del día precisamente aquellos asuntos que conforme a las ideas habituales vienen considerándose asuntos «privados». Los ejemplos saltan a la vista: «Hasta hace bien poco las feministas estábamos en minoría al pensar que la violencia doméstica contra las mujeres debía ser un asunto de preocupación común y, por tanto, un tema legítimo de discusión pública. La gran mayoría de la gente consideraba que eso era un asunto privado entre lo que se consideraba ser un número bastante pequeño de parejas heterosexuales... Entonces las feministas formamos un contrapúblico subalterno desde el que difundimos una visión de la violencia doméstica haciéndola ver como un extendido rasgo sistemático de las sociedades dominadas por el varón. Eventualmente, tras una sostenida contestación discursiva, logramos convertirlo en una preocupación común». Los ejemplos de este tipo llevan a Nancy Fraser a la siguiente conclusión: «Sólo los participantes mismos pueden decidir qué es y qué no es una preocupación común para ellos»[40]. Esta tesis

39. En estas condiciones también las cosmovisiones religiosas y metafísicas pierden su carácter fundamentalista; sin abandonar su pretensión de verdad habrán de aceptar los presupuestos falibilistas del pensamiento secularizado, en cuanto reflexionen sobre la circunstancia de que compiten con otras interpretaciones del mundo dentro *del mismo* universo de pretensiones de validez. En este contexto J. Rawls habla de *reasonable comprehensive doctrines*. Sobre los aspectos cognitivos de la distinción entre tradición y modernidad, cf. mi discusión con A. MacIntyre en J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, pp. 209-218.

40. N. Fraser, «Rethinking the Public Sphere», en C. Calhoun, *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, Mass., 1992 p. 129; en el mismo sentido también S. Benhabit, «Models of Public Space», en Id., *Situating the Self*, Cambridge, 1992, pp. 89-120.

ha suscitado la objeción de que una *deslimitación* temática de la *discusión política* acabaría agujereando la protección jurídica de la esfera privada y acabaría poniendo en peligro la integridad personal del individuo. Así, por ejemplo, J. D. Moon habla de un *bias against privacy*, de una «distorsión contra la privacidad». Los derechos privados subjetivos protegen una esfera dentro de la cual las personas privadas quedan desatadas de la obligación de tener que responder públicamente de sus acciones y omisiones. Si esta esfera ya no queda *previamente* deslindada, parece seguirse el siguiente dilema: «Parece que estamos exigiendo un discurso no sometido a constricciones, con el fin de establecer cuáles han de ser los límites de lo privado; pero tal discurso viola él mismo esos límites porque descansa en una exigencia de ilimitada autoapertura»[41]. Pero este aparente dilema se desvanece en cuanto clarificamos las confusiones que los pares de conceptos: asuntos «privados» *vs.* asuntos «públicos» y discursos «restringidos» *vs.* discursos «irrestrictos», llevan anejas.

Las restricciones a que los discursos públicos quedan sometidos por los procedimientos, hemos de distinguirlas de la restricción del ámbito de temas de los discursos públicos. La versión tolerante del principio de neutralidad significa que no sólo la formación informal de la opinión y la voluntad, sino también la regulada por procedimientos, ha de poder extenderse a cuestiones éticas relevantes de la vida buena, de la identidad colectiva y de la interpretación de las necesidades. El legislador político que, por poner un ejemplo, se disponga a regular la materia «violencia en el matrimonio», habrá de poder incluir en sus debates los correspondientes temas y contribuciones, sin que ello signifique menoscabo de la imparcialidad del procedimiento legislativo. La tematización y tratamiento públicos de tal materia, en su proceso de conversión en *tipo* legal, no significa todavía una *interferencia* en los derechos subjetivos. Pues la distinción entre asuntos privados y asuntos públicos hemos de efectuarla a su vez bajo dos aspectos, a saber, el de la accesibilidad y *tematización*, y el de la *regulación de competencias* y responsabilidades. El hablar sobre algo no es lo mismo que inmiscuirse en los asuntos del prójimo. Ciertamente, el ámbito de la intimidad ha de permanecer protegido contra impertinencias y miradas críticas de extraños; pero no todo lo que queda reservado a las decisiones de las personas privadas, queda también sustraído a la tematización pública y protegido contra la crítica. Antes todos los asuntos que han menester de una regulación política deben discutirse públicamente; pero no todo lo que justificadamente es objeto de una discusión pública, queda ya también convertido en objeto de una regulación política. (Y no toda

41. J. D. Moon, «Constrained Discourse and Public Life»: *Political Theory* 19 (1991), p. 221.

regulación política afecta a lo que es de incumbencia privada.) Con ayuda de estas distinciones puede uno caer fácilmente en la cuenta de que las reservas liberales contra la deslimitación del espectro público de temas, resultan superfluas, mientras quede protegida la integridad personal del individuo particular.

El sistema de los derechos exige la realización simultánea y complementaria de la autonomía privada y de la autonomía pública o ciudadana, que, consideradas normativamente, son cooriginales y se presuponen mutuamente porque la una permanecería incompleta sin la otra. Pero el cómo repartir y parcelar en detalle las competencias y responsabilidades privadas y públicas, a fin de realizar adecuadamente los derechos ciudadanos, depende naturalmente de las circunstancias históricas y, como todavía veremos, de los contextos sociales —percibidos—. El deslinde entre un ámbito de persecución de los propios intereses de uno en términos de autonomía privada, y una esfera pública de la «realización del bien común» no es algo que pueda efectuarse de *una vez por todas*, como tampoco puede efectuarse de una vez por todas el deslinde del ámbito de la intimidad dentro de esa esfera diferenciada en términos de derecho privado. El trazado de tales límites que, como muestra el debate sobre la pornografía, a menudo es bien difícil de realizar, ha de poder ser objeto de discusiones políticas. Pero la *tematización* de estas «cuestiones de límites» no significa ya una intervención o intromisión en las *competencias* y responsabilidades establecidas. Esto resulta particularmente claro cuando se tiene presente esa estructuración de vía doble de la política deliberativa, es decir, de la doble vía que representan la formación formalmente estructurada y la formación informal de la opinión y la voluntad.

Porque el espacio público general es «irrestricto» en el sentido de que sus corrientes de comunicación no vienen reguladas por procedimientos, resulta especialmente apropiado para la «lucha por la interpretación de las necesidades»[42]. Pues bien, ya se trate de que el tipo legal «violencia en el matrimonio» necesite ser regulado, ya se trate de las demandas de las madres laboralmente ocupadas para que los correspondientes organismos del Estado benefactor creen parvularios para los niños en edad preescolar, por lo general se da un largo camino hasta que tales asuntos, a los que se empieza considerando como asuntos «privados», logran obtener en el espacio de la opinión pública, mediante escenificaciones tenazmente sostenidas, el *status* de temas políticos reconocidos, y hasta que, en el medio de las controversias acerca de tales temas, logran articularse suficientemente las necesidades de los afectados —en el marco de

42. N. Fraser, «Struggle over Needs», en Id., *Unruly Practices*, Oxford, 1991, pp. 161-190.

interpretaciones de sí y del mundo que compiten unas con otras, y de versiones diversas de la «vida buena». Sólo tras una «lucha por el reconocimiento» sostenida públicamente pueden las debatidas constelaciones de intereses ser abordadas por las instancias políticas correspondientes, ser introducidas en los órdenes del día de los órganos parlamentarios, ser discutidas y, llegado el caso, ser convertidas en una moción y tomarse sobre ello una resolución vinculante. Y es la *regulación* de un nuevo tipo penal o la *ejecución* de una resolución política concerniente a la regulación de las ofertas de cuidar a los niños durante toda la jornada, ya sea por parte de instituciones privadas, ya sea por parte de instituciones públicas, las que intervienen en la esfera de la vida privada e introducen cambios en las responsabilidades formales o en las prácticas vigentes.

III

Tras este excurso acerca del sentido, del papel y de la posición de los procedimientos democráticos, estamos mejor pertrechados para la cuestión acerca de en dónde y cómo pueden encontrar su sede estos procedimientos en la vida de una sociedad compleja. Para la comprensión procedimentalista del proceso democrático Robert Dahl escoge indicadores que cubren el contenido normativo de los procedimientos democráticos bastante mejor que la propuesta de operacionalización de N. Bobbio. Expondré el planteamiento de Dahl (1), para obtener una perspectiva desde la que (2) poder aclarar el sentido crítico de una sociología de la democracia que proceda en términos reconstructivos.

(1) En primer lugar Dahl libera la comprensión intuitiva de la autodeterminación democrática de las representaciones sustancialistas de la tradición que se remonta a Aristóteles. «Nuestro bien común —el bien y los intereses que compartimos con otros— rara vez consiste en objetos, actividades y relaciones específicas; por lo general consiste en prácticas, modos de organizarse, instituciones y procesos que, dicho de nuevo en términos tradicionales, promueven el bienestar de nosotros mismos y de otros, no ciertamente de "todo el mundo", pero sí de las suficientes personas como para convertir esas prácticas, modos de organización, etc., en aceptables... Éstos incluirían los rasgos generales del proceso democrático»[43]. Dahl operacionaliza después un procedimiento para la toma de decisiones vinculantes que sean en igual interés de todos, bajo cinco puntos

43. R. A. Dahl, *Democracy and its Critics*, New Haven, 1989, p. 307.

de vista. Ese procedimiento ha de garantizar: (*a*) la inclusión de todos los afectados, (*b*) oportunidades igualmente distribuidas e igualmente eficaces de participación en el proceso político, (*c*) igual derecho a voto en las decisiones, (*d*) el mismo derecho a la elección de temas y en general al control del orden del día, y finalmente (*e*) una situación tal que todos los implicados, a la luz de informaciones suficientes y de buenas razones, puedan formarse una comprensión articulada de la materia necesitada de regulación y de los intereses en conflicto[44]. La última exigencia concierne al nivel de información y al carácter discursivo de la formación de la voluntad política: «Todo ciudadano debe tener oportunidades adecuadas e iguales de formarse y validar (en la materia sobre la que se vaya a decidir) aquella opinión y voluntad que mejor sirva a los intereses del ciudadano... En la medida en que el bien y los intereses de un ciudadano exijan atención al bien público y al interés general, el ciudadano debe tener la oportunidad de adquirir una comprensión de esas materias»[45]. A ello han de servir en especial discusiones públicas y procesos públicos de ilustración. También a Dahl le importan esos «métodos y condiciones» de la formación de la voluntad política que Dewey había tenido por «*el* problema de la esfera de la opinión pública»[46].

Los cinco criterios señalados no los cumple ***suficientemente*** hasta ahora ningún orden político. Ciertamente, la inevitable complejidad social obliga a una aplicación diferenciada de los criterios (entre otras cosas a la delegación de las competencias de decisión y al establecimiento de procedimientos de decisión de muy distintas modalidades, y en general a una reducción jurídica y organizativa de la complejidad), pero esa complejidad social no es óbice en principio para una implementación «aproximativa» del procedimiento[47]. De ahí que las democracias existentes basadas en la competencia entre grupos y partidos, puedan entenderse como sistemas de acción en los que el procedimiento democrático no sólo ha sido implementado en la forma *nominal* de derechos de participación y comunicación política, sino que también ha sido implementado *efectivamente* en forma de prácticas, por selectivamente que ello haya sido. Dahl ve caracterizadas estas «poliarquías» por una serie de derechos e instituciones efectivas, que desde la Revolución Americana y la Revolución Francesa se han ido imponiendo gradualmente en un creciente número de Estados modernos. Conforme a las clasificaciones de Dahl, en 1930 caían bajo esta descripción quince Estados europeos y seis Estados no

44. R. A. Dahl, *A Preface to Economic Democracy*, Oxford, 1985, pp. 59 s.
45. R. A. Dahl, *Democracy and its Critics*, New Haven, 1989, p. 112.
46. J. Dewey, *The Public and its Problems*, Chicago, 1954, p. 208.
47. R. A. Dahl, *Democracy and its Critics*, pp. 115 ss.

europeos; el número de estos sistemas políticos se habría casi duplicado según sus cálculos hasta fines de los años setenta.

Por lo demás Dahl recurre a los resultados de los ramificados y plurales estudios sobre modernización con la finalidad de servirse de muestras diacrónicamente ordenadas que le permitan subrayar el contexto favorable a la democratización, que representan las llamadas sociedades «modernas, dinámicas, pluralistas». En estas sociedades MDP ofrecen rasgos bien conocidos: renta per cápita relativamente alta, crecimiento a largo plazo del producto social, una forma de producción centrada en la economía de mercado con una progresiva disminución de la importancia relativa de los sectores primario y secundario, un grado relativamente alto de urbanización, alto nivel de formación, mortalidad infantil en descenso, creciente expectativa media de vida, etc. Dahl interpreta las correlaciones estadísticas entre estos indicadores desde el punto de vista de condiciones sociales favorables para una domesticación del poder social y del monopolio estatal de la violencia en términos de Estado de derecho: «Una sociedad MDP se caracteriza por la dispersión del poder, de la influencia, de la autoridad y del control desde cualquier centro único hacia una variedad de individuos, grupos, asociaciones y organizaciones, y fomenta actitudes y creencias favorables a las ideas democráticas. Aun cuando estos dos arcos tienen un origen independiente, se refuerzan también el uno al otro»[48]. No es, pues, sólo la distribución policéntrica del poder que se presenta en las sociedades funcionalmente diferenciadas la que fomenta la democratización; la decentración del poder tiene que ir asociada con una cultura política liberal apoyada por los correspondientes patrones de socialización. Pues sólo en el marco de tal cultura política pueden tolerarse y dirimirse sin violencia las tensiones subculturales, siempre muy conflictivas, entre formas de vida que compiten unas con otras.

El más importante *cuello de botella* para los progresos en la democratización allende el nivel alcanzado hasta ahora, Dahl lo ve en una esoterización del saber de regulación y control políticos, que impide a los ciudadanos hacer uso del necesario saber de expertos, es decir, del necesario saber especializado, para la formación de sus propias opiniones. El peligro principal consistiría en la variante tecnocrática de un paternalismo fundado en el monopolio del saber. El acceso privilegiado a las fuentes del «saber de control y regulación» estaría posibilitando un tácito y subrepticio modo de dominación sobre un público de ciudadanos mediatizado, apartado de esas fuentes, nutrido sólo de política simbólica. Sus esperanzas las pone Dahl, por tanto, en las posibilidades técnicas de la telecomunicación; bajo el rótulo «minipopulus» hace Dahl una propuesta de una formación

48. *Ibid.*, p. 252; cf. también el resumen de la p. 314.

de la opinión y la voluntad políticas, funcionalmente especificada a la vez que decentralizada, mediante asambleas representativamente elegidas y especialmente informadas[49]. El tenor abstracto y de aspecto algo utópico de esta recomendación contrasta peculiarmente con la intención y traza del libro de Dahl.

Pues lo que éste había tratado de mostrar es que la idea y el procedimiento de una política deliberativa no es menester traerlos desde fuera a la realidad de las sociedades desarrolladas porque esa idea y procedimiento han hecho ya pie desde hace mucho tiempo en las instituciones de esas sociedades. Pero este objetivo Dahl lo yerra porque no logra establecer una convincente conexión retroalimentativa entre los argumentos normativos concernientes a justificación del proceso democrático y los análisis empíricos de su implementación, por imperfecta que esa implementación sea. Una razón de ello la veo en el tipo de análisis sociológico que Dahl practica. Pues mientras la estructura social se aprehenda solamente con ayuda de características clasificatorias como son la distribución de la renta, la escolarización, los frigoríficos, falta a esta sociología un lenguaje para el tipo de descripciones bajo las que las constelaciones favorables y las tendencias facilitadoras pudieran entenderse como signos de potenciales de racionalización que ya están operando en esa sociedad y que pueden ser asumidos y desarrollados por el sistema político. El diagnóstico de que en las sociedades complejas una ulterior democratización viene impedida por el monopolio paternalista del poder resulta incluso apto como puente para establecer una conexión entre la estructura deliberativa nuclear del sistema político organizado en términos de estado de derecho, por un lado, y procesos que se desarrollan en capas profundas de la reproducción social, por otro.

La generación de poder legítimo mediante política deliberativa representa, como hemos visto, un procedimiento para resolver problemas, que ha menester de saber y de la elaboración de ese saber, a fin de programar la regulación de los conflictos y la persecución de fines colectivos. La política viene a ocupar los huecos funcionales que se abren por sobrecarga de otros mecanismos de integración social. Para ello se sirve del lenguaje del derecho. Pues el derecho es un medio a través del cual las estructuras de reconocimiento recíproco que nos resultan conocidas por las interacciones simples y por las relaciones cuasinaturales de solidaridad, pueden transferirse de forma abstracta, pero vinculante, a los ámbitos complejos y crecientemente anónimos de una sociedad funcionalmente diferenciada. Ahora bien, internamente el derecho está estructurado de forma que un sistema político articulado en términos de Estado de derecho sólo puede *proseguir ya en un plano reflexivo* las operaciones cuasi-

49. *Ibid.*, pp. 339 s.

naturales de integración que se efectúan por debajo del nivel de articulación del derecho formal. La integración social efectuada políticamente ha de pasar por un filtro discursivo. Y cuando fracasan otros reguladores, como son por ejemplo los valores, las normas y las formas rutinarias de entendimiento en los que se ha crecido, la política y el derecho elevan, por así decir, por encima del umbral de la conciencia, es decir, vuelven conscientes y reflexivos esos procesos cuasinaturales de solución de problemas. El proceso político resuelve el *mismo tipo* de problemas que aquellos procesos sociales que el derecho sustituye por haber quedado desbordados en su capacidad de solucionarlos. Esto queda claro cuando, siguiendo una propuesta de B. Peters se clasifican los criterios de evaluación de los problemas generales de la integración de la sociedad conforme a los aspectos de validez que son la verdad, la rectitud normativa y la autenticidad, es decir, conforme a puntos de vista bajo los que se distinguen ya entre sí las fuerzas ilocucionarias de vínculo de la acción orientada al entendimiento, es decir, la capacidad de crear vínculos ilocucionarios que tiene este tipo de acción[50].

En lo que respecta a la integración de una sociedad las acciones de los colectivos o de los actores individuales han de empezar estando coordinadas de suerte que sus resultados y aportaciones diferenciales vengan a ensamblarse en un resultado que quepa valorar positivamente. Estos problemas de *coordinación funcional* exigen una orientación cognitiva por sucesos y estados del mundo objetivo. Los resultados se juzgan conforme a criterios de racionalidad técnica y económica. Para tal juicio las condiciones de éxito pueden venir descritas (desde el punto de vista de los actores implicados) como realización de fines colectivos o (desde la perspectiva de un observador) como mantenimiento de un sistema dado o como sintonización de distintos sistemas entre sí. El concepto de coordinación funcional generaliza el modelo intuitivo de la cooperación organizada en términos de división del trabajo. Es neutral frente a la diferencia entre «integración social» e «integración sistémica». En cambio, las dos formas siguientes de integración cuentan solamente como «integración social».

Se refieren, o bien a la *regulación moral de los conflictos*, o bien al *aseguramiento ético de las identidades y de las formas de vida*. Los problemas que comporta el establecer un equilibrio entre pretensiones en conflicto exigen una orientación normativa por elementos del mundo social. Los problemas de «comunitarización expresiva» (como dice Peters siguiendo a Parsons) exigen la orientación por proyecciones de la vida buena y por la interpretación de necesidades. Los resultados se enjuician conforme a criterios de racionalidad

50. B. Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1993, cap. 2.

moral en el primer caso y de racionalidad ética en el segundo. Ambas clases de criterios, junto con los criterios de eficiencia y de racionalidad en la toma de decisiones, suministran un conjunto de criterios para el enjuiciamiento del éxito de la integración de la sociedad. De ello obtiene Peters un concepto complejo de «racionalidad social» que permite evaluar como más o menos logradas las operaciones de reproducción de una sociedad (o de uno de sus subsistemas), entendidas como procesos de solución de problemas[51]. Para la racionalidad de una solución *no es*, pues, un indicador suficiente la estabilización observable de un orden.

Según esta propuesta las sociedades han de ser consideradas en general como sistemas que solucionan problemas, habiendo de medirse sus éxitos o fracasos por criterios de racionalidad. Si nos apropiamos de esta concepción (que se remonta a Karl Deutsch y otros autores), en el modo de «sociación» discursiva de la comunidad jurídica y en los procedimientos democráticos sólo cabe reconocer una forma *general* de operación de los sistemas sociales, pero ejercitada aquí por vía de un escalonamiento reflexivo y de un desarrollo y diferenciación especializados de órganos y esferas particularmente destinados a esa función. El procedimiento democrático hace depender la generación de derecho legítimo de un tratamiento presuntivamente racional de los problemas que, por su tipo y traza, responden exactamente a aquellos problemas elaborados ya siempre, por así decir, de forma inconsciente. Pues la pieza medular de la política deliberativa consiste en una red de discursos y formas de negociación que tienen por fin posibilitar la solución racional de cuestiones pragmáticas, morales y éticas, es decir, justo de esos problemas estancados de una integración funcional, moral y ética de la sociedad, que por la razón que sea ha fracasado en algún otro nivel.

Ahora bien, la necesidad de coordinación funcional que se hace sentir hoy en las sociedades complejas no puede cubrirse ya conforme al modelo abarcable e intuitivo de una cooperación entre particulares y colectivos, organizada en términos de división del trabajo, sino sólo a través de las operaciones de regulación y control ejercitadas por el sistema administrativo. Pues bien, Dahl se ha percatado del peligro de que los problemas de control «cognitivo» en sentido estricto, expulsen o empujen a los demás problemas, es decir, a los problemas morales y a los problemas éticos, a los márgenes y desborden la capacidad que el procedimiento democrático tiene de solucionar problemas. Múltiples síntomas de tal *sobrecarga cognitiva* de la política deliberativa apoyan, mientras tanto, la difundida suposición de que una formación discursiva de la opinión y de la voluntad, que discurra conforme a procedimientos democráticos, no

51. *Ibid.*, pp. 204 ss.

puede tener la complejidad suficiente como para asumir y elaborar el saber *operativamente necesario*. El necesario saber de regulación y control no parece poder penetrar ya en absoluto en los conductos capilares de unos circuitos de comunicación concatenados de forma predominantemente horizontal, abiertos osmóticamente, e igualitariamente estructurados. Pero, pese a tales evidencias, no debe olvidarse una circunstancia distinta, a saber, que la desconexión de la regulación o control políticos respecto del complejo parlamentario y la emigración de los correspondientes temas de los espacios y esferas de opinión pública no es algo que se produzca sin resistencias. En cambiantes constelaciones la «cuestión democrática» aparece una y otra vez en el orden del día, en una versión u otra. R. Dahl hubiera podido entender su propia investigación como expresión del persistente e insistente empuje que tiene el tema. Estas contratendencias, de ninguna manera son algo que surja por casualidad, sobre todo si se parte de que la lógica propia del medio que el derecho representa, medio con el que el poder político guarda una relación interna, obliga a la suposición —también empíricamente eficaz— de una génesis democrática del derecho. Bajo esta premisa el empleo de poder político, incluso para problemas de regulación y control que pueden ser tan difíciles y complejos como se quiera, *queda sometido* a restricciones que *per se* resultan de la forma jurídica de las decisiones colectivamente vinculantes. En un sistema político sometido a la presión que ejerce la complejidad de la sociedad, estas restricciones se manifiestan en crecientes disonancias cognitivas entre las suposiciones de validez del Estado democrático de derecho y las formas del decurso efectivo del proceso político.

(2) El primer intento, emprendido a partir de Dahl, de un análisis de la implantación de procedimientos democráticos en las sociedades modernas, conduce, pues, a un resultado con doble cara. Por un lado, la política deliberativa pierde mucho de su aspecto extraño e irreal cuando se la considera como un proceso de aprendizaje articulado en términos reflexivos, el cual *sirve de descarga* a los procesos de integración social que discurren latentemente y a la vez los prosigue dentro de un sistema de acción que se especializa en tal trabajo de descarga. Por otro lado, la sima entre la necesidad de coordinación y las operaciones de integración, que la política y el derecho tendrían la finalidad de llenar, parece abrirse tanto más cuanto que el sistema administrativo ha de *hacerse cargo* de tareas de regulación y control que parecen desbordar al costoso modo deliberativo de toma de decisiones. Y en tal desbordamiento se hace sentir la resistencia de la realidad de las sociedades complejas, que éstas oponen a las pretensiones que las instituciones del Estado de derecho comportan. El proceso democrático, como muestra la teo-

ría de la decisión, queda extenuado y consumido «desde dentro» por la escasez de recursos funcionalmente necesarios; y «hacia afuera» choca, como afirma la teoría de sistemas, con la complejidad de sistemas funcionales no-transparentes y difícilmente influibles. En ambas direcciones parecen *autonomizarse* los momentos de inercia de la sociedad —lo que Sartre llamó antaño «lo inerte»— frente al modo deliberativo de una «sociación» efectuada de forma consciente y autónoma. Pero si a las sociedades complejas les fuesen *inevitablemente* inmanentes tales tendencias a la autonomización de lo «inerte», la pregunta de Dahl acerca de las condiciones para una *ulterior* democratización de los sistemas políticos existentes discurriría en el vacío. En vista de este desmentido, la propia distinción entre «democracias» y simples «poliarquías» sería ya tendenciosa.

En primer lugar hemos de aclarar en qué sentido puede hablarse de una «autonomización» o «cosificación» de la sociedad. Pues es claro que este diagnóstico no se refiere a la resistencia trivial de los problemas y déficit diarios, en cuya solución está en definitiva especializado el sistema político. Desde la perspectiva de los implicados los momentos normales de inercia son percibidos como diferencias entre norma y realidad, que mueven a percatarse de las cuestiones prácticas y a hacerles frente. Un trasfondo, sobre el que destacase una sociedad *autonomizada*, coagulada en una especie de segunda naturaleza, tampoco se produce por el hecho de que los ciudadanos asociados, en el ejercicio de su práctica de autodeterminación, hayan de recurrir a, y comprometerse con, los exigentes presupuestos comunicativos que implican los discursos. Malentenderíamos el carácter discursivo de la formación pública de la opinión y la voluntad si creyésemos que nos es lícito hipostatizar el contenido ideal de los presupuestos generales de la argumentación y convertirlo en un modelo de «sociación» comunicativa pura[52].

Ya en la práctica cotidiana el entendimiento entre sujetos que actúan comunicativamente se mide por pretensiones de validez que —sobre el trasfondo masivo de un mundo de la vida intersubjetivamente compartido— representan una invitación y desafío a posicionarse con un sí o con un no. Están enderezadas a la crítica y mantienen presente la *posibilidad* de una resolución o desempeño discursivos, a la vez que el riesgo de disentimiento. En este sentido la acción comunicativa *remite* a una argumentación en la que los participantes justifiquen sus pretensiones de validez ante un auditorio idealmente ampliado. Los participantes en la argumentación parten de la suposición idealizadora de una comunidad de comunicación deslimitada en el espacio social y en el tiempo histórico y, conforme

52. Sobre lo que sigue, cf. L. Wingert, *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt a. M., 1993, segunda y tercera parte.

a una formulación de K.-O. Apel, no tienen más remedio que presuponer dentro de su situación social real la posibilidad de una comunidad ideal: «Pues quien argumenta, presupone *ya siempre* dos cosas a la vez: la primera, una comunidad real de comunicación, en miembro de la cual se ha convertido él mismo mediante su proceso de socialización, y la segunda, una comunidad ideal de comunicación que por principio sería capaz de entender adecuadamente el sentido de sus argumentos y enjuiciar definitivamente la verdad de ellos»[53]. Esta formulación puede, sin embargo, conducir al malentendido de que a esa «comunidad ideal de comunicación» cabe atribuirle el *status* de un *ideal* enraizado en los presupuestos generales de la argumentación que podría ser realizado por vía de aproximación. Incluso el concepto equivalente de «situación ideal de habla», aun cuando se preste a menos malentendidos, puede conducir a una hipostatización indebida del sistema de pretensiones de validez inscrito en la base de validez del habla. Los presupuestos contrafácticos de que han de partir los participantes en la argumentación abren, ciertamente, una perspectiva desde la que esos participantes *transcienden* la provincialidad de sus contextos espacio-temporales a los que no pueden escapar en sus vivencias y en sus acciones, y las prácticas de justificación históricas y concretas en las que han crecido, es decir, desde las que pueden hacer justicia al sentido de pretensiones de validez transcendedoras. Pero con esas pretensiones de validez transcendedoras no se ponen ellos mismos en el «más allá» transcendente de un reino ideal de seres inteligibles. A diferencia de lo que acaece con la proyección de ideales a cuya luz podemos identificar *desviaciones*, «en el caso de las suposiciones idealizadoras que tenemos que hacer siempre que queremos entendernos unos con otros, no entra en absoluto en juego una relación de correspondencia o una comparación entre idea y realidad»[54].

Pero por otro lado, es legítimo hacer uso de tal proyección para un experimento conceptual[55]. Cabe entonces desactivar el malentendido esencialista convirtiéndolo en una ficción metodológica, la cual permite a su vez ganar un trasfondo sobre el que hacer visible el sustrato de *inevitable* complejidad social. Y en este sentido ya inocuo o inocente, o por lo menos no capcioso, la «comunidad ideal de comunicación» ofrécese como modelo de «sociación» comunicativa «pura». Esta comunidad sólo tendría a disposición como mecanismo de au-

53. K.-O. Apel, «El *apriori* de la comunidad de la comunicación», en Id., *Transformación de la filosofía* II, Madrid, 1985, p. 407.

54. H. Brunkhorst, «Zur Dialektik von realer und idealer Kommunikationsgemeinschaft», ponencia presentada en el simposio sobre Apel, celebrado en el Foro de Filosofía de Bad Homburg en 1992.

55. En lo que sigue me atengo a B. Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1993, caps. 5 y 6.

toorganización el medio que representa el entendimiento discursivo. Por esta vía habría de poder resolver sin violencia todos los conflictos. Esa comunidad ideal elabora los problemas «pertinaces» de integración de la sociedad por vía de un entendimiento explícito entre los implicados, y en última instancia discursivamente, mas sin recurrir todavía a la política y al derecho[56]. Pero no se malentienda tampoco este modelo que hemos introducido sólo a título de experimento conceptual. El modelo se refiere a sociedades concretas, localizadas en el espacio y el tiempo, ya diferenciadas. A los procesos discursivos de entendimiento no los desliga, por tanto, de los fundamentos de la acción comunicativa, sino que cuenta con que esa acción está situada en los contextos del mundo de la vida. En una palabra, no se abstrae de la «finitud» de la «sociación» o socialización comunicativa. Así, las condiciones que *posibilitan* la sociación comunicativa, no deben confundirse con *restricciones* impuestas contingentemente. Se evita así la falacia individualista de que uno, en la influencia u operación que el otro ejerce sobre él, no hace experiencia sino de los límites de su libertad subjetiva. Pues son más bien las posibilidades legítimamente reguladas de influir unos sobre otros, que descansan sobre un acuerdo supuesto, las que *autorizan* a ejercicitar y poner en obra una libertad socialmente constituida. Normas que nos vienen inculcadas por la costumbre pero que son normas intersubjetivamente reconocidas, mientras se las *pueda* poner en cuestión y persista la *posibilidad* de ponerlas en cuestión, no se hacen sentir en forma de coerciones externas. Y lo mismo vale para el simbolismo que representa el lenguaje y la cultura o para la gramática de las formas de vida en las que los individuos socializados se encuentran. Todo ello opera al modo de condiciones posibilitantes. Los contextos del mundo de la

56. Esto significa una alternativa al modelo que entiende la «sociación» pura en términos de un «disponer sobre algo». Como es sabido, Marx explicó en *El capital* el concepto de «sociación intencional», es decir, «sociación» efectuada con voluntad y conciencia, recurriendo a un modelo en el que la figura de derecho privado que representa una asociación civil —la «asociación de hombres libres»— queda vinculada con el arquetipo de una comunidad de cooperación articulada en términos de división del trabajo, extraído de la sociedad de la producción. Es claro que la autonomía de la sociedad que se organiza a sí misma Marx se la representa como ejercicio del control consciente o de la administración planificada del proceso material de producción: en analogía con lo que acaece en el proceso de dominación de la naturaleza, el sujeto social «dispone» sobre el propio proceso de su vida convertido ahora en objeto. Pero con este concepto de autonomía, articulado en términos de un «disponer sobre algo» desaparece el núcleo del problema de la autoorganización social, a saber, la constitución y autoestabilización de una comunidad de libres e iguales, pues el núcleo de la «sociación» intencional no lo constituye un control ejercido en común de la cooperación social, sino una regulación normativa de la convivencia sostenida por el asentimiento de todos que asegure relaciones inclusivas de reconocimiento simétrico mutuo (y con ello la integridad de cada individuo particular). Para la comprensión de la autoorganización social Marx no utiliza como hilo conductor la práctica comunicativa, sino el control o planificación de procesos sociales teoréticamente objetivados. Cf. mi crítica a este modelo en J. Habermas, «Dogmatismo, razón y decisión», en Id., *Teoría y praxis*, Madrid, 1987, pp. 388-414.

vida restringen, ciertamente, el ámbito de acción e interpretación de los actores, pero sólo de modo que son ellos los que abren el horizonte para interacciones e interpretaciones *posibles*.

En cuanto entendemos del modo propuesto la «sociación» intencional como algo mediado comunicativamente, ya no contamos con seres sin cuerpo, inteligibles, que todo lo sepan y, por así decir, libres de contexto, sino con actores finitos, ligados a sus cuerpos, socializados en formas concretas de vida, localizados en el tiempo histórico y en el espacio social, implicados en las redes de la acción comunicativa, los cuales, al interpretar en cada caso faliblemente su propia situación, no tienen más remedio que nutrirse de los recursos de su mundo de la vida, de los que no pueden disponer a voluntad. No se niega aquí ni la contingencia de las tradiciones y de formas de vida con las que nos encontramos ahí, ni tampoco el pluralismo de las subculturas, de las imágenes del mundo y de las constelaciones de intereses existentes. Por otro lado, los actores no están *entregados* sin más a su mundo de la vida. Pues éste sólo puede, a su vez, reproducirse a través de la acción comunicativa, lo cual quiere decir a través de procesos de entendimiento que dependen de sus posicionamientos con un *sí* o con un *no* ante pretensiones de validez susceptibles de crítica. *El lugar de posible fisura o ruptura que representa este poder decir que no*, sella la libertad finita de quienes, si quiere evitarse la nuda violencia, han de ser *convencidos*. Ciertamente, los discursos y negociaciones, incluso bajo tales condiciones ideales, sólo pueden desplegar su fuerza de resolver problemas en la medida en que los problemas que nos salen al paso sean percibidos con sensibilidad, descritos adecuadamente y respondidos de forma productiva a la luz de tradiciones convertidas en reflexivas, de tradiciones postconvencionales. Un entendimiento discursivo garantiza, ciertamente, el tratamiento racional de temas, razones e informaciones; pero ello no podrá ser sino en los contextos de una cultura abierta al aprendizaje y de un personal capaz de aprender. En este aspecto imágenes dogmáticas del mundo y patrones rígidos de socialización pueden constituir barreras para un modo discursivo de socialización.

Pues bien, sobre el trasfondo de tal *modelo de sociación comunicativa pura* B. Peters se interesa por esos momentos de inercia que son inherentes de por sí a la complejidad de los procesos de formación de la opinión y la voluntad, muy particularmente cuando esos procesos han de satisfacer a presupuestos comunicativos de la argumentación. Para tal planteamiento las idealizaciones inherentes a una «sociación» comunicativa pura constituyen un apropiado trasfondo sobre el que destacan los recursos *funcionalmente necesarios* para los procesos de entendimiento. Pues el modelo no tiene en cuenta, por así decir, los costes de información y decisión de los procesos de comunicación. No tiene en cuenta las limitadas capaci-

dades cognitivas que, a la hora de elaborar problemas, tienen las comunicaciones simples entrelazadas horizontalmente; abstrae en particular de la desigual distribución que dentro del público se da de la atención, de las competencias y del saber. Ignora también las actitudes y motivos que estorban, perturban y desbaratan la orientación al entendimiento, es decir, es ciego para el egocentrismo, para la debilidad de la voluntad, para la irracionalidad y el autoengaño de los implicados de que se trate. A la luz de idealizaciones tan fuertes, a la teoría de sistemas y a la teoría de la decisión les resulta bien fácil hacer ver la facticidad de un mundo que ofrece un aspecto *bien distinto* que el que nos ofrece el modelo de «sociación» comunicativa pura.

Es cosa bien sabida que en el mundo, tal como lo conocemos, las comunicaciones y decisiones ocupan sus propios segmentos de espacio y tiempo, consumen energía, requieren un gasto y costo en operaciones organizativas, etc. La selección de temas y contribuciones, al producirse bajo la presión ejercida por el tiempo y los plazos, causa además costes en términos de decisiones que debieron tomarse antes y que ahora llegan tarde. Asimismo, la producción y difusión del saber, orientadas en términos de división del trabajo, dan lugar a una distribución desigual de competencias y conocimientos. En esta distribución social del saber intervienen además los medios de comunicación con su propia selectividad. Las estructuras de la esfera pública reflejan inevitables asimetrías en lo concerniente a las informaciones de que se dispone, es decir, desiguales oportunidades de acceso a la producción, validación, regulación, control y presentación de los mensajes. A estas restricciones sistémicas se añade la desigual distribución debida a la contingencia de las capacidades individuales. Los recursos para una participación en las comunicaciones políticas vienen por lo general estrechamente tasados, empezando por el tiempo de que individualmente se dispone y la fragmentada atención individual a temas que tienen su propia lógica y su propio curso, pasando por la disponibilidad y la capacidad para aportar algo propio en relación con esos temas, hasta las actitudes oportunistas, las pasiones, los prejuicios, etc., que merman o menoscaban la formación racional de la voluntad.

Estos pocos rótulos podrían documentarse recurriendo a una amplia bibliografía. Pero aquí se trata sólo de qué *significado* tienen en nuestro contexto. En primer lugar, ilustran desviaciones respecto del modelo de la socialización o sociación comunicativa pura, que, según sean las circunstancias, variarán en grado y alcance, pero que, por su propio tipo, llaman la atención sobre inevitables momentos de inercia, es decir, sobre la escasez de esos recursos funcionalmente necesarios de los que en particular dependen en alto grado los procesos de formación deliberativa de la opinión y la voluntad. Ninguna sociedad compleja, incluso en las condiciones más favorables, podrá responder nunca al modelo de «sociación» comunicativa pura. Por lo demás, éste sólo puede tener (cosa que no debemos olvidar) el sentido de una ficción metodológica cuyo fin es sacar a la luz los inevitables momentos de inercia anejos a la complejidad social, es decir, el reverso de la sociación comunicativa, un reverso que, bajo la sombra de los supuestos idealizadores implicados en la acción comunicativa, permanece ampliamente oculto a los participantes mismos. Sólo que el modelo debe este carácter ficticio a la circunstancia de que cuenta con una sociedad sin derecho y sin política y a que proyecta la idea de autoorganización a la sociedad en conjunto. Con el concepto procedimental de democracia esta idea cobra, empero, la forma de una comunidad *jurídica* que se organiza a sí misma. Y, por tanto, el modo de «sociación» discursiva sólo puede establecerse a través del medio que representa el derecho. Y en el derecho como tal quedan ya incorporados esos momentos de inercia de los que el modelo de «sociación» «pura» abstrae.

El derecho positivo sirve *de por sí* a la reducción de la complejidad social. Esto lo hemos aclarado ya más arriba al hablar de las «desidealizaciones» gracias a las cuales las reglas jurídicas compensan la indeterminación cognitiva, la inseguridad motivacional y la reducida capacidad de coordinación que tienen las normas morales y en general las normas informales de acción. La relación de complementariedad entre derecho y moral la hemos explicado a partir de la compensación de las debilidades de una coordinación de la acción apoyada sólo en la razón práctica[57]. Pero desde este punto de vista los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho pueden entenderse como otros tantos pasos para la reducción de esa inevitable complejidad que resulta visible a contraluz del modelo que representa la sociación comunicativa pura. Y lo dicho vale sobre todo en lo tocante a la concretización de esos principios en términos de derecho constitucional y a la institucionalización de los procedimientos de política deliberativa (con la regla de la mayoría, los órganos de representación, la transferencia de competencias de decisión, el entrelazamiento de competencias o facultades de control, etc.). Ciertamente que todos los complejos institucionales u organizativos son también mecanismos para la reducción de la complejidad; pero en su forma de instituciones de derecho constitucional estos mecanismos tienen a la vez el sentido reflexivo de trazas, resortes o cautelas que obran en dirección opuesta a la de una complejidad social que amenaza con minar y socavar las presuposiciones (llenas siempre de contenido normativo) de una práctica atenida a los principios del Estado de derecho. Este tipo de contrarregula-

57. Cf. más arriba cap. III, pp. 147-199.

ción[58] mantenedora de la complejidad opera ya en la oposición, tensiones y juego entre la opinión pública informal y la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad, regulada por procedimientos. Los circuitos de comunicación del espacio público-político están especialmente expuestos a la presión que la inercia social ejerce en punto a selección; pero la influencia así generada sólo puede transformarse en poder político si logra atravesar las esclusas del procedimiento democrático y del sistema político articulado en términos de Estado de derecho.

Ahora bien, sería ingenuo pasar por alto que la propia circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho está a su vez sometida a la presión que ejerce la complejidad social. Pero la importancia de las objeciones que desde el punto de vista de la teoría de sistemas y de la teoría de la decisión se hacen contra la suposición de un modo de «sociación» discursiva de la comunidad jurídica cambia cuando se tiene en cuenta que las instituciones del Estado de derecho, consideradas desde un punto de vista sociológico, tienen el sentido de una *contrarregulación* mantenedora de la complejidad. Pues entonces se plantea la cuestión de hasta qué punto la contrarregulación normativa que representan las instituciones del Estado de derecho puede compensar esas restricciones comunicativas, cognitivas y motivacionales a las que están sujetas la política deliberativa y la transformación del poder comunicativo en poder administrativo. Se plantea la cuestión de en qué medida la facticidad social de esos inevitables momentos de inercia, aun cuando venga ya tenida en cuenta en la estructura constitucional e instituciones del Estado de derecho, representa un punto de cristalización para complejos de poder ilegítimos, autonomizados frente al proceso democrático. Se plantea especialmente la cuestión de en qué medida el poder que se concentra en los grandes subsistemas funcionales sociales, en las grandes organizaciones y en las administraciones estatales, anida también en la infraestructura sistémica de los circuitos de poder regulados normativamente, sin que se cobre conciencia de ello, y con qué eficacia la circulación *no oficial* de este poder no legitimado penetra en la circulación del poder regulada en términos de Estado social.

58. Este concepto de contrarregulación lo desarrolla K. Lüderssen en el contexto del derecho penal: «Die Steuerungsfunktion des Gesetzes - Überformung oder Gegensteuerung zur Entwicklungstendenz einer Gesellschaft», en Id., *Genesis und Geltung im Recht*, Frankfurt a. M., 1992.

VIII

SOBRE EL PAPEL DE LA SOCIEDAD CIVIL Y DE LA OPINIÓN PÚBLICA POLÍTICA

Las investigaciones sociológicas sobre la democracia condujeron a principios del período de posguerra a la teoría del pluralismo, la cual supuso todavía un puente entre los modelos normativos de la democracia y los llamados planteamientos realistas de la teoría económica, por un lado, y de la teoría de sistemas, por otro. Si por el momento dejamos de lado la revitalización de planteamientos institucionalistas que se viene observando en los últimos años[1], se impone la impresión de que en el curso de la evolución teórica el contenido idealista de las teorías normativas, entre las cuales sólo el modelo liberal, y, por tanto, el normativamente menos pretencioso, había ofrecido a la sociología un punto de contacto, de que ese contenido idealista de las teorías normativas, digo, se funde bajo el sol de los conocimientos sociológicos. La ilustración sociológica parece sugerir una consideración desencantada, si no ya puramente cínica, del proceso político. Dirige la atención sobre todo a los puntos en los que el poder «ilegítimo» («ilegítimo» miradas las cosas normativamente) irrumpe en la circulación del poder regulado en términos de Estado social. Si se elige como punto de referencia el sistema de acción administrativo o «aparato estatal», el espacio público-político y el complejo parlamentario constituyen el lado de *input* por el que el poder social de los intereses organizados penetra en el proceso de producción legislativa. Por su lado de *output* la Administra-

1. U. Bermbach, «Politische Institutionen und gesellschaftlicher Wandel», en H. H. Hartwich (ed.), *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen*, Opladen, 1989, pp. 57-71; también: J. G. March y J. P. Olsen, *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, New York, 1989; Id., «The New Institutionalism: Organizational Factors of Political Life»: *American Political Science Review* 77 (1984), pp. 734-749; Id., «Popular Souvereignty and the Search for Appropriate Institutions»: *Journal of Public Policy* 6 (1984), pp. 341-370.

ción[58] mantenedora de la complejidad opera ya en la oposición, tensiones y juego entre la opinión pública informal y la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad, regulada por procedimientos. Los circuitos de comunicación del espacio público-político están especialmente expuestos a la presión que la inercia social ejerce en punto a selección; pero la influencia así generada sólo puede transformarse en poder político si logra atravesar las esclusas del procedimiento democrático y del sistema político articulado en términos de Estado de derecho.

Ahora bien, sería ingenuo pasar por alto que la propia circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho está a su vez sometida a la presión que ejerce la complejidad social. Pero la importancia de las objeciones que desde el punto de vista de la teoría de sistemas y de la teoría de la decisión se hacen contra la suposición de un modo de «sociación» discursiva de la comunidad jurídica cambia cuando se tiene en cuenta que las instituciones del Estado de derecho, consideradas desde un punto de vista sociológico, tienen el sentido de una *contrarregulación* mantenedora de la complejidad. Pues entonces se plantea la cuestión de hasta qué punto la contrarregulación normativa que representan las instituciones del Estado de derecho puede compensar esas restricciones comunicativas, cognitivas y motivacionales a las que están sujetas la política deliberativa y la transformación del poder comunicativo en poder administrativo. Se plantea la cuestión de en qué medida la facticidad social de esos inevitables momentos de inercia, aun cuando venga ya tenida en cuenta en la estructura constitucional e instituciones del Estado de derecho, representa un punto de cristalización para complejos de poder ilegítimos, autonomizados frente al proceso democrático. Se plantea especialmente la cuestión de en qué medida el poder que se concentra en los grandes subsistemas funcionales sociales, en las grandes organizaciones y en las administraciones estatales, anida también en la infraestructura sistémica de los circuitos de poder regulados normativamente, sin que se cobre conciencia de ello, y con qué eficacia la circulación *no oficial* de este poder no legitimado penetra en la circulación del poder regulada en términos de Estado social.

58. Este concepto de contrarregulación lo desarrolla K. Lüderssen en el contexto del derecho penal: «Die Steuerungsfunktion des Gesetzes - Überformung oder Gegensteuerung zur Entwicklungstendenz einer Gesellschaft», en Id., *Genesis und Geltung im Recht*, Frankfurt a. M., 1992.

VIII

SOBRE EL PAPEL DE LA SOCIEDAD CIVIL Y DE LA OPINIÓN PÚBLICA POLÍTICA

Las investigaciones sociológicas sobre la democracia condujeron a principios del período de posguerra a la teoría del pluralismo, la cual supuso todavía un puente entre los modelos normativos de la democracia y los llamados planteamientos realistas de la teoría económica, por un lado, y de la teoría de sistemas, por otro. Si por el momento dejamos de lado la revitalización de planteamientos institucionalistas que se viene observando en los últimos años[1], se impone la impresión de que en el curso de la evolución teórica el contenido idealista de las teorías normativas, entre las cuales sólo el modelo liberal, y, por tanto, el normativamente menos pretencioso, había ofrecido a la sociología un punto de contacto, de que ese contenido idealista de las teorías normativas, digo, se funde bajo el sol de los conocimientos sociológicos. La ilustración sociológica parece sugerir una consideración desencantada, si no ya puramente cínica, del proceso político. Dirige la atención sobre todo a los puntos en los que el poder «ilegítimo» («ilegítimo» miradas las cosas normativamente) irrumpe en la circulación del poder regulado en términos de Estado social. Si se elige como punto de referencia el sistema de acción administrativo o «aparato estatal», el espacio público-político y el complejo parlamentario constituyen el lado de *input* por el que el poder social de los intereses organizados penetra en el proceso de producción legislativa. Por su lado de *output* la Administra-

1. U. Bermbach, «Politische Institutionen und gesellschaftlicher Wandel», en H. H. Hartwich (ed.), *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen*, Opladen, 1989, pp. 57-71; también: J. G. March y J. P. Olsen, *Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics*, New York, 1989; Id., «The New Institutionalism: Organizational Factors of Political Life»: *American Political Science Review* 77 (1984), pp. 734-749; Id., «Popular Souvereignty and the Search for Appropriate Institutions»: *Journal of Public Policy* 6 (1984), pp. 341-370.

ción choca a su vez con la resistencia de los sistemas funcionales sociales y con la resistencia de las grandes organizaciones que introducen y hacen valer su poder en el proceso de implementación. Esta autonomización del poder social frente al proceso democrático fomenta y promueve, a su vez, las tendencias endógenas hacia una autonomización del complejo de poder administrativo. Así, el poder administrativo, que tendencialmente propende a autonomizarse, forma bloque con un poder social, eficaz tanto por el lado de *input* como por el lado de *output* de la circulación democrática del poder, dando lugar a una contracirculación que se cruza, estorbándola, con la circulación de los procesos democráticos de decisión regulados y controlados por el poder comunicativo. Pero la mayoría de las descripciones de este movimiento en sentido inverso al de la circulación democrática operan con unos conceptos empiristas de poder que neutralizan, e incluso anulan, las distinciones que hemos introducido desde un punto de vista reconstructivo. En especial el concepto de «poder comunicativo» tiene que aparecer como un constructo tendencioso cuando el «poder» es entendido o bien en términos de teoría de la acción como la capacidad que un actor tiene de imponerse contra la resistencia de la voluntad de los demás, o bien se lo divide en términos de teoría de sistemas en el código «poder» por el que se regula un determinado sistema de acción, a saber, el sistema político, por un lado, y en el poder general de organización, o mejor: en la capacidad autopoiética de organización de los subsistemas funcionales, por otro. Mostraré que este derrotismo normativo en el que por ambas líneas desemboca la sociología política, no sólo se debe a evidencias que nos curan de ilusiones, sino también a falsas estrategias de tipo conceptual. Pues con esas estrategias queda perdido lo específico que el poder político debe a su organización en términos de derecho.

Tras dar una visión de conjunto de la evolución teórica, entraré primero en las revisiones a que John Elster ha sometido la teoría económica de la democracia. Tales revisiones vienen a acreditar la relevancia empírica del concepto procedimental de política deliberativa (I). Discuto a continuación la tentativa de H. Willke de explicar en términos de una teoría de los medios de regulación o control sistémicos la integración de una sociedad presuntamente disgregada en subsistemas funcionales autopoiéticamente autonomizados. Partiendo de la crítica a esta propuesta de solución pasaré a desarrollar, movido de nuevo por B. Peters, un modelo sociológico que dirige la atención hacia el peso empírico de la circulación del poder prescrita por los propios supuestos del Estado de derecho, que, en este sentido, puede considerarse la oficial (II). Este peso depende sobre todo de si la sociedad civil, a través de espacios públicos autónomos y capaces de la resonancia suficiente, desarrolla la vitalidad e impul-

sos necesarios como para que conflictos que se producen en la periferia se los logre transferir al sistema político (III).

I

(I) Ya la *teoría del pluralismo* se basaba en un concepto empirista de poder. Pues para ella el puente entre el modelo liberal de democracia, introducido más arriba, y la empiria científica, lo constituía una comprensión instrumentalista de la política, conforme a la cual el poder político y el poder administrativo sólo representan otras formas de manifestación del poder social. El poder social se mide por la capacidad de imposición que tienen los intereses organizados. Y a lo largo de la línea vertical y ascendente que pasa por la competencia entre los partidos y las elecciones generales se transforma en poder político, dividido, por cierto, entre gobierno y oposición. Este poder político, en el marco de competencias distribuidas conforme a lo que la Constitución dispone, se emplea a su vez para convertir en decisiones vinculantes a través del proceso de producción legislativa y del aparato administrativo los programas políticos que surgen del juego de las fuerzas sociales así canalizado, y para implementar esas decisiones. En la misma línea vertical pero en sentido descendente el poder administrativo se emplea además para operar e influir sobre la formación parlamentaria de la voluntad política y sobre el juego de fuerzas de los intereses organizados. Éstos reciben, a su vez, la oportunidad de influir, también directamente, sobre la formulación de las políticas y sobre el empleo de poder administrativo. Conforme a este modelo se establece un proceso circular en el que el poder social de los clientes queda vinculado con la competencia de los partidos por el poder, en el que el proceso de legitimación queda vinculado con las prestaciones organizativas y el cumplimiento de funciones del Estado, y en el que este proceso de implementación queda a su vez conectado con las pretensiones de los clientes. Para la valoración normativa del proceso descrito es decisiva la suposición de que el poder social está distribuido de forma más o menos igual entre los intereses sociales relevantes. Pues sólo entonces puede el equilibrio de fuerzas sociales mantener de tal suerte en marcha la circulación del poder político, que el sistema político puede elaborar de la forma más eficaz posible las pretensiones y demandas que le llegan y satisfacer del modo más igual posible a los intereses sociales.

Esta teoría del pluralismo, procedente de las ciencias sociales, puede conectar con el modelo normativo liberal mediante una simple sustitución: pues lo que la teoría del pluralismo hace es sustituir a los ciudadanos particulares y a sus intereses individuales por asocia-

ciones y por intereses organizados[2]. Parte de que todos los actores colectivos disponen más o menos de las mismas oportunidades de influir en los procesos de decisión relevantes, de que son los miembros quienes determinan la política de organizaciones tales como las asociaciones y los partidos, y de que estas organizaciones, a su vez, al compartir múltiples miembros, se ven empujadas a la disponibilidad al compromiso y al entrelazamiento de intereses. La democracia competitiva no hace entonces otra cosa que proyectar sobre el plano de la distribución política del poder el equilibrio social del poder, de modo que la política estatal puede proveer equilibradamente e imparcialmente a un ancho espectro de intereses sociales[3].

Tras que estos supuestos se viesen falsados, el planteamiento pluralista se vio sometido a revisión en el sentido de Schumpeter. Como en lo que a miembros se refiere los grupos de intereses tienen una composición muy selectiva, y esos miembros son en gran parte inactivos y ejercen poca influencia sobre la política de la asociación, ahora se pasa a suponer que la lucha por el poder se dirime en lo esencial entre las élites. Tampoco pudo mantenerse el otro supuesto, a saber, el de que los ocupantes de posiciones de poder político dependen de una pluralidad de actores colectivos, los cuales compiten por el influjo político, logrando en tal competencia un peso aproximadamente igual. Así, tras derrumbarse ambos supuestos, lo único que quedó fue una *teoría de las élites*, limpia de aditamentos pluralistas, que reduce en lo esencial el proceso democrático a una elección plebiscitaria entre cuadros de líderes que compiten unos con otros[4], es decir, a una selección de líderes. Pero en lo referente a expectativas normativas, la teoría tenía todavía que explicar cómo «una política en la que la iniciativa la tienen fundamentalmente las élites puede satisfacer también a los intereses de las no élites»[5]. Con ello el residuo de expectativas normativas, que quedaba aún en pie, se desplazaba del lado del *input* al lado del *output* del sistema administrativo. Puesto que los grupos de líderes, que compiten unos con otros, no quedan obligados, en lo que a sus objetivos se refiere, por la confianza inespecífica y altamente agregada de las masas pasivas de electores, sólo la *racionalidad* de las propias élites dispuestas a la innovación y capaces de tomar decisiones puede garantizar aún un cumplimiento de las funciones estatales orientado al bien común. De ello surge la imagen de un sistema administrativo que opera con

2. Cf. también N. Bobbio, *El futuro de la democracia*, Barcelona, 1985, pp. 25-26.

3. F. Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz, 1970, pp. 29 ss.

4. J. A. Schumpeter, *Capitalismo, socialismo y democracia*, Barcelona, ²1988, pp. 343 ss.; para una crítica cf. B. Bachrach, *Die Theorie demokratischer Eliteherrschaft*, Frankfurt a. M., 1967.

5. F. Scharpf, *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, p. 39.

relativa independencia de la sociedad, que se busca y procura él mismo la necesaria lealtad de la población y que fija más o menos él mismo cuáles van a ser las funciones políticas meta. Desde un punto de vista normativo se plantea entonces el problema de en qué condiciones el aparato estatal, si ya no viene regulado y controlado por los intereses sociales, puede desarrollar al menos una sensibilidad suficiente para esos intereses. El sistema político habría de asumir y hacerse cargo él mismo (y por propia iniciativa) de las necesidades públicamente relevantes, de los conflictos latentes, de los intereses reprimidos, de los intereses que no son capaces de organizarse, etc.

Pero desde fines de los años sesenta se acumularon las evidencias en favor de una estimación mucho más precavida y reservada. El sistema administrativo sólo parece poder operar dentro de un espacio de acción extremadamente estrecho; parece quedar restringido, atenido y obligado a la forma de movimiento más bien reactiva que representa una política tendente, no tanto a planificar, como a evitar crisis. Por el lado del *output* el «Estado activo» choca enseguida con los límites de su capacidad de regulación y control porque los sistemas funcionales y las grandes organizaciones se sustraen a las intervenciones directas, pues a éstas no les es tan fácil acertar con la lógica interna de esos sistemas y organizaciones. Por el lado del *input* el espacio de iniciativa del gobierno y de los partidos queda además restringido por la imprevisibilidad de esos electores cambiantes e inconstantes, ya sean ilustrados, ya sean movilizables en términos populistas, cuyas vinculaciones a los partidos se hacen cada vez más laxas. Cuando crecen el malhumor y el tedio políticos, los partidos establecidos han de temer una pérdida de legitimación por vía de abstención o de votos de protesta. Tanto los déficit de legitimación como los déficit de regulación y control sistémicos vienen a dar pábulo a un tipo de «incrementalismo» que apenas si puede distinguirse ya del quietismo.

Con ello se alcanza un punto en el que los caminos de la evolución teorética se bifurcan. Mientras que la *teoría de sistemas* cercena las últimas conexiones con el modelo normativo de partida, se restringe en lo esencial a los problemas de regulación o control de un sistema político declarado autónomo y retoma los problemas de la vieja teoría del Estado, la *teoría económica de la democracia* se aplica fundamentalmente al proceso de legitimación, bajo el supuesto de un individualismo metodológico. Desde el punto de vista de la teoría de sistemas, el modo de operar del sistema político se mide por la racionalidad de una regulación o control autorreflexivos, que del contenido normativo de la democracia no deja ya nada más que una distribución alternante del poder entre gobierno y oposición. Desde el punto de vista de la teoría de la decisión este contenido normativo se agota en la racionalidad electiva que el comportamien-

to de los implicados en el proceso democrático exhibe. Pero que ambos planteamientos, cada uno a su manera, han llevado demasiado lejos esta cura de adelgazamiento normativo, muéstrase mientras tanto en problemas surgidos de forma interna a la teoría, los cuales han conducido a revisiones bien instructivas, pero no siempre realizadas de forma consistente.

La *teoría económica de la democracia* había intentado dar cobro empíricamente a algunas intuiciones normativas del liberalismo, mostrando la racionalidad económica del comportamiento de los electores y de los políticos[6]. Conforme a este modelo, los electores, con sus votos, convierten y traducen un autointerés más o menos ilustrado en demandas enderezadas al sistema político, mientras que los políticos que consiguen cargos o quieren conservarlos, *intercambian* esos votos por ofertas de determinadas políticas. De las transacciones entre electores y élites políticas que deciden por ambas partes de forma económicamente racional resultan decisiones que son racionales en cuanto que tienen en cuenta intereses particulares agregados que han sido objeto de una equilibrada ponderación. Posteriormente la discusión acerca de la llamada «paradoja del elector racional» introdujo un cierto giro. El que los ciudadanos se implicasen en una elección, si se mantenía la premisa del comportamiento exclusivamente autointeresado, sólo podía explicarse con una hipótesis que enseguida se mostró que era falsa: la tasa de participación no varía (ésta era la hipótesis) con la expectativa de los electores de, en un determinado caso, poder decidir con sus propios votos una campaña en que dos candidatos van muy emparejados. A continuación se amplió el modelo egocéntrico de decisión con ayuda del concepto de metapreferencia y se hizo extensivo a consideraciones referidas a uno mismo, pero de tipo ético[7]. Pero al cabo las evidencias empíricas vinieron a desacreditar a todos los modelos que parten de una base egocéntrica de la decisión, por mucho que se la amplíe, y pasan por alto los contextos sociales del cambio de intereses y de orientaciones valorativas[8]. Recientes revisiones toman en cuenta, por ejemplo, el efecto de filtro que tienen los mecanismos institucionales, los cuales funcionan como una «lavadora» y preferentemente hacen valer razones normativas. De este modo procedimientos institucionalizados pueden fomentar la acción política «responsable»: «Actuar responsablemente significa que el agente adopta metódica-

6. A. Downs, *An Economic Theory of Democracy*, New York, 1957.
7. A. Sen, «Rational Fools»: *Philosophy and Public Affairs* 6 (1977), pp. 328 ss.
8. J. Mansbridge, «Self-Interest in Political Life»: *Political Theory* 18 (1990), pp. 132-153: «Los modelos de decisión racional necesitan ahora expandir el espectro de los motivos que tienen en cuenta y los contextos en los que operan, preguntando específicamente en qué contexto un modelo que tiene como premisa una determinada clase de motivación predice mejor la conducta de ciertos actores» (p. 145).

mente frente a sus propias acciones una perspectiva de examen desde el *futurum exactum*, la cual es a la vez la del experto, la del otro generalizado y la del propio sí mismo, y de esta forma hace una validación de los criterios de su acción desde el punto de vista de su contenido, desde el punto de vista social y desde el punto de vista temporal»[9]. Con la perspectiva del «otro generalizado» de G. H. Mead, C. Offe se acerca ya al concepto de una formación de la opinión y la voluntad que, como todavía mostraré, hace añicos el marco de una teoría empirista de la acción.

La *teoría de sistemas* abandona el nivel de los sujetos de acción individuales y colectivos, y del adensamiento de los complejos organizativos saca resueltamente la consecuencia de que hay que considerar la sociedad como una red de subsistemas autónomos que se encapsulan unos frente a otros adoptando cada uno su propia semántica, y que constituyen entornos los unos para los otros. Para la interacción entre tales sistemas sólo resultan ya decisivas sus propias formas de operación, fijadas internamente, y no las intenciones e intereses de los actores implicados[10]. De esta decisión concerniente a estrategia conceptual se sigue, por un lado, el abandono de una concepción jerárquica de la sociedad, centrada en el Estado. También el sistema político, que se especializa en la producción de decisiones colectivamente vinculantes, ha de afirmarse contra los demás subsistemas funcionales (incluso contra el sistema jurídico) sin poder reclamar posibilidades privilegiadas de intervención. Por otro lado, acaba imponiéndose enteramente esa comprensión de la política centrada en el Estado y limitada al Estado, que estaba ya en germen en el modelo liberal. Pues la teoría de sistemas atribuye la formación política de la opinión y la voluntad, dominada por la competencia entre partidos, a un público de ciudadanos y clientes que queda arrancado de las raíces que lo atan a su mundo de la vida (mediante las esferas de éste que representan la sociedad civil, la cultura política y la socialización) quedando así transportado al sistema político. En este sistema político gobierno y oposición no solamente constituyen el complejo con más densidad organizativa; frente a la circulación oficial del poder, ponen también en marcha una contracirculación: la Administración se programa ampliamente a sí misma al controlar y dirigir el proceso de producción legislativa mediante la política de proyectos de ley del gobierno, al extraer del público de los ciudada-

9. C. Offe, «Bindung, Fessel, Bremse», en A. Honneth *et al.* (eds.), *Zwischenbetrachtungen*, Frankfurt a. M., 1989, p. 758.
10. Para una crítica cf. F. W. Scharpf, «Politische Steuerung und politische Institution», en H. H. Hartwich (ed.), *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen*, Opladen, 1989, pp. 17-29, y también la discusión entre F. W. Scharpf y N. Luhmann en el número monográfico «Staatstätigkeit» de *Politische Vierteljahresschrift*, 19 (1988), pp. 61-87, o en *ibid.*, 30 (1989), pp. 5-21.

nos la necesaria lealtad a través de partidos estatalizados y al entenderse directamente con sus clientes[11]. Con la creciente complejidad de la sociedad el centro de gravedad se desplaza en favor de esta circulación informal, de suerte que la cuestión de «cómo en tales circunstancias es posible la responsabilidad política»[12] pierde su sentido. Una teoría de sistemas, que ha desterrado de sus conceptos básicos todo lo normativo, permanece insensible a ese umbral de contención normativa que representa la circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho. Con penetrante mirada observa cómo el proceso democrático queda socavado y ahuecado bajo la presión de los imperativos funcionales, y hace así importantes contribuciones a una teoría de la democracia. Pero la teoría de sistemas no ofrece marco para una teoría *propia* de la democracia porque parcela y separa la política y el derecho convirtiéndolos en sistemas funcionales distintos, recursivamente cerrados, y al sistema político lo analiza esencialmente desde puntos de vista concernientes a la autorregulación y autocontrol del poder administrativo.

Pero la ganancia en «realismo» que este modo de consideración selectiva comporta, tiene como contrapartida la generación de un problema verdaderamente inquietante. Conforme a la escisión que la teoría de sistemas hace, todos los sistemas funcionales consiguen su autonomía desarrollando sus propios códigos y sus propias semánticas, no traducibles las unas a las otras. Con ello, los sistemas pierden la capacidad de comunicar directamente unos con otros, de suerte que sólo pueden ya «observarse» unos a otros. Este autismo afecta de forma especial al sistema político, el cual, éste es el supuesto, se cierra a su vez autorreferencialmente frente a sus entornos. En vista de este encapsulamiento autopoiético apenas puede explicarse cómo el sistema político habría de poder integrar a la sociedad en conjunto, por más que esté especializado en operaciones de regulación y control que, primero, tienen la finalidad de sintonizar entre sí a los sistemas funcionales, convirtiéndolos en «entornos mutuamente compatibles», pues ellos se ven arrastrados cada vez más lejos unos de otros y quedan a la vez más de espaldas unos a otros, y que, segundo, tienen también la finalidad de eliminar perturbaciones que hayan podido surgir en esos subsistemas. No se ve cómo podría salvarse la sima entre la autonomía de los diversos sistemas funcionales y el aseguramiento de su mutua cohesión, que se espera del sistema político como aportación específica de él: «El núcleo del problema es la improbabilidad y la inverosimilitud del logro de la comunicación entre unidades autónomas que operan autorreferencialmente»[13].

La evolución teórica de los planteamientos «realistas» conduce, por un lado, a una teoría económica de la democracia, que trata de ilustrarnos acerca de los rasgos instrumentales de la formación de la voluntad democrática, y por otro, a una teoría de sistemas que trata de ilustrarnos sobre la impotencia de esa formación de la voluntad democrática. Ambos planteamientos operan con unos conceptos de poder que resultan insensibles para la relevancia empírica de la constitución del poder articulada en términos de Estado de derecho porque pasan por alto o eliminan la conexión constitutiva que se da entre derecho y poder político. Este déficit es el que en última instancia se oculta tras las cuestiones en las que de forma bien instructiva laboran Jon Elster y Helmut Willke. Las revisiones de Elster conducen a una inesperada rehabilitación del concepto de política deliberativa.

(2) La teoría de la elección racional, cuando se presenta con pretensiones explicativas en el campo de las ciencias sociales, en cierto modo sigue dando vueltas todavía al problema de Hobbes. No puede explicar cómo actores que actúan estratégicamente son capaces de estabilizar sus relaciones sociales sólo en virtud de decisiones racionales. Aquí no necesitamos entrar en los detalles de los problemas que por esta vía conducen a una sutil autocrítica[14]. Lo que me interesa es cómo J. Elster trata las dificultades con que tropieza esta teoría al ser aplicada a los procesos políticos. Escasamente realistas empiezan siendo en tal contexto las suposiciones-modelo conforme a las que las posibilidades electivas y las preferencias son tratadas como algo dado; ambas cambian en el proceso político mismo. Además las preferencias que los individuos manifiestan cuando se les pregunta por sus preferencias, en modo alguno reflejan fiablemente las preferencias que los individuos encuestados efectivamente tienen si por preferencias se entienden las que *manifestarían* tras sopesar las informaciones y razones pertinentes. Pues el cambio político de valores y actitudes no es un proceso de adaptación ciega sino más bien resultado de una formación constructiva de la opinión y de la voluntad. Es lo que Elster llama formación «autónoma» de preferencias: «La autonomía es a los deseos lo que el juicio a las creencias»[15].

11. N. Luhmann, *Teoría política del Estado de Bienestar*, Madrid, 1993, pp. 64-65: «La Administración prepara los proyectos para la política y domina en las comisiones parlamentarias y organismos similares. La política, a través de sus organizaciones de partido, sugiere al público qué es lo que ha de elegir y por qué. El público influye a su vez en la Administración a través de los más diversos canales, desde las organizaciones de intereses hasta los lloros en los despachos oficiales».

12. *Ibid.*, p. 66.

13. H. Willke, *Ironie des Staates*, Frankfurt a. M., 1992, p. 345.

14. Th. Schelling, *Micromotives and Macrobehavior*, New York, 1978, p. 225 s.; H. Simon, «Rational Decision Making in Business Organizations», en *Models of Bounded Rationality* II, Cambridge, Mass., 1982, pp. 486 s.

15. J. Elster, «The Market and the Forum», en J. Elster y A. Hylland (eds.), *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge, 1986, p. 109.

Pero lo que no es realista es sobre todo la suposición de que todo comportamiento social puede concebirse como acción estratégica y, por tanto, explicarse como si fuese resultado de cálculos egocéntricos de utilidad. La capacidad de explicación sociológica que tiene este modelo es manifiestamente limitada: «Si bien es verdad que siempre se da un riesgo de que la conducta se enderece a servir a los propios intereses, la medida en que de hecho ello tiene lugar varía ampliamente. Buena parte de la literatura sobre elección social y elección pública, con su supuesto de una conducta universalmente oportunista, simplemente parece fuera de contacto con el mundo real, en el cual se da una buena dosis de moralidad y sentido del deber. Si los individuos emprendiesen conductas de tipo oportunista siempre que pudiesen salir adelante con ellas, no existiría la civilización tal como la conocemos»[16].

Estas consideraciones y otras similares habían movido hace ya años a Elster a ampliar con ligaduras de ética social y razones morales la base de la decisión en los casos de acción social y a describir el proceso democrático como un mecanismo que contribuye a cambiar preferencias mediante discusiones públicas[17]. Pero lo que sobre todo le interesa son los aspectos de procedimiento de tal formación racional de la voluntad[18]. Para obtener resultados de esa idea hubo de someter el modelo de la elección racional a dos tajantes revisiones.

En primer lugar Elster amplía la teoría introduciendo en ella un ulterior tipo de acción. Junto a la acción *estratégica* o acción racional con respecto a fines, dirigida y regulada en cada caso por las propias preferencias de uno y orientada a obtener resultados (bajo condiciones de información incompleta), aparece ahora la acción *regulada por normas*[19]. Ésta constituye un tipo elemental de acción que no puede reducirse a la acción estratégica. Contra el argumento de que la apelación a normas sólo serviría a justificar *a posteriori* una acción oportunista, Elster replica que, en el caso particular, nadie podría haberse estratégicamente respecto a las normas, si no pudiese suponer en general el reconocimiento intersubjetivo de ellas. Así, pues, consideradas las cosas lógicamente, la validez social de las normas goza de primacía sobre la ganancia que reportaría el simular una orientación por tales normas. Tampoco resulta convincente la ulterior objeción de que el comportamiento conforme con las normas es racional (con arreglo a fines) porque evita sanciones interiorizadas (como el sentimiento de vergüenza y el sentimiento de culpa). Pues el trato racional con las consecuencias de un comportamiento que se supone que es irracional, no explica cómo se llega a este comportamiento (como resultado de la previa interiorización de una norma de acción): uno no puede resolverse racionalmente a un comportamiento irracional.

16. J. Elster, «The Possibility of Rational Politics», en D. Held (ed.), *Political Theory Today*, Oxford, 1991, p. 120.

17. J. Elster, «The Market and the Forum», p. 112.

18. *Ibid.*, p. 117: «La simple decisión de implicarse en una discusión racional no asegura que los intercambios vayan a realizarse de forma racional, pues muchas cosas dependen de la estructura y marco de los procedimientos».

19. Sobre lo que sigue, cf. J. Elster, *El cemento de la sociedad*, Barcelona, 1991, cap. 3, pp. 119-177.

Estas consideraciones muestran, por otro lado, que el nuevo tipo de acción Elster lo introduce todavía bajo premisas empiristas. Según su propuesta, la acción regulada por normas se distingue de la estratégica sólo por la falta de una orientación por las consecuencias esperadas de la acción. Es la racionalidad con arreglo a fines la que pone al *homo oeconomicus* por encima del *homo sociologicus*[20]. Las normas y orientaciones valorativas escapan según esto a las consideraciones racionales, fundan expectativas de comportamiento contrafácticamente mantenidas, inmunes al aprendizaje. A consecuencia de ello Elster, o bien despoja a las normas *morales* de su carácter obligatorio en el sentido en que lo hace el utilitarismo y las incluye entre las reglas de decisión de la acción racional con arreglo a fines; o las cuenta entre las normas obligatorias de comportamiento en el sentido de una ética deontológica de la intención, pero entonces las despoja de su carácter racional.

Pero mientras la normatividad y la racionalidad se excluyan de esta forma, las coordinaciones de la acción racionalmente motivadas sólo pueden cobrar la forma de un convenio entre actores que actúan estratégicamente. Acuerdo racional viene a ser sinónimo de *bargaining*, de negociación de compromisos. Y, por cierto, con tales negociaciones, que exigen la disponibilidad a la cooperación por parte de actores orientados a su propio éxito, las normas se asocian en forma de restricciones empíricas, o de autoligaduras, que los propios sujetos irracionalmente se imponen. A este propósito Elster desarrolla un paralelogramo de fuerzas que explica los procesos de negociación regulados normativamente como una *cooperación* entre expectativas racionales de éxito y normas sociales que rigen, por así decir, a las espaldas sirviendo de trasfondo y marco[21].

Pero esta forma de introducir los motivos normativos de la acción se revela como insuficiente si de lo que se trata es de explicar cómo la formación política de la voluntad puede cambiar de forma racional las preferencias de los implicados y cómo pueden abrirse de

20. «El primero se supone que se guía por una racionalidad instrumental, mientras que la conducta del segundo viene dictada por normas sociales. Del primero "tiran" las perspectivas de recompensa futura, mientras que al segundo lo "empujan" por detrás fuerzas cuasi internas. El primero se adapta a circunstancias cambiantes... El segundo se atiene a la conducta prescrita aun cuando tenga a mano opciones nuevas y aparentemente mejores» (*ibid.*, p. 119).

21. *Ibid.*, pp. 246 ss.

forma racional nuevas opciones. Porque el proceso político no se agota en una formación regulada de compromisos, basada en amenazas dignas de tomarse en serio, junto a las «negociaciones» Elster introduce las «argumentaciones» como otro mecanismo para la solución de los problemas de la acción colectiva: «Los argumentos racionales, por un lado, y las amenazas y promesas, por otro, son los dos principales vehículos mediante los que las partes se ven empujadas a alcanzar un acuerdo. El primero está sujeto a criterios de validez, el segundo a criterios de credibilidad»[22]. Con los criterios de validez entra en juego un nuevo tipo de comunicación y de coordinación de la acción. Mientras que las partes pueden dar su asentimiento por razones completamente distintas a un compromiso resultante de una negociación, el acuerdo alcanzado argumentativamente ha de basarse en argumentos idénticos que hayan podido convencer *de la misma manera* a todas las partes. La fuerza de alcanzar consenso que tienen tales argumentos se refleja en la idea de imparcialidad, que es la que dirige los discursos prácticos[23].

Pero este paso obliga a una revisión de la primera revisión. Pues la idea de enjuiciamiento imparcial de las constelaciones de intereses y de los conflictos de acción arrastra al remolino de la argumentación una parte de aquellas normas que hasta ahora la teoría consideraba irracionales. Pues junto a la recíproca influencia que ejercen unos sobre otros, actores orientados a su propio éxito, Elster sólo puede introducir (como un ulterior mecanismo de coordinación de la acción) la comunicación entre participantes en la argumentación orientados a entenderse, si admite también en las normas y orientaciones valorativas un núcleo racional y amplía correspondientemente el concepto de racionalidad. A esto sirve el concepto deontológico de justicia —tomado ahora en serio en su pretensión de razón— con el que pueden fundamentarse los derechos legítimos[24]. Tarea de la política no es la eliminación de regulaciones ineficientes e inconómicas, sino también el establecimiento y garantía de relaciones de convivencia que sean en interés de todos por igual[25].

Con estos conceptos básicos revisados, Elster emprende un análisis empírico de las discusiones desarrolladas en las asambleas constituyentes de Filadelfia (1776) y París (de 1789 a 1791). En este análisis se trata para Elster de la distinción teoréticamente motivada entre *bargaining* y *arguing*, incluyendo estas «argumentaciones», conforme al vocabulario que nosotros hemos introducido, no sólo argumentos concernientes a justicia, sino también argumentos ético-políticos, es decir, referidos al «bien común» de la nación. Por vía de un análisis comparativo de los dos primeros procesos constitucionales modernos, Elster somete a prueba la suposición de que este tipo de formación parlamentaria de la opinión y de la voluntad no puede explicarse suficientemente bajo las premisas empiristas de un arreglo entre intereses, regulado exclusivamente por el poder y orientado a la consecución de poder. Antes en tal formación de la opinión y de la voluntad se entrelazan discursos y negociaciones; sin embargo, la formación de compromisos se efectúa a veces de forma espontánea y entonces no satisface a las condiciones de *fairness* de las negociaciones sometidas a regulación[26]. Pues bien, las *Storr Lectures* de Elster permiten una doble interpretación según que lo que nos interese sea el contenido manifiesto de los fragmentos de los discursos que se analizan, o el papel de esos fragmentos en lo tocante a lógica de la argumentación. Bajo el aspecto de contenido tales análisis reconstruyen un fragmento de la *legal history* con el resultado de que la «voluntad del legislador» consistió en poner en vigor un sistema de derechos que garantizasen (en la constelación de circunstancias percibida en cada caso) la autonomía política de los ciudadanos mediante la institucionalización de una formación *imparcial* de la opinión y de la voluntad. En este aspecto, lo que Elster hace puede considerarse (por lo menos implícitamente) como una contribución a una contrastación (efectuada en términos de historia constitucional) de la lectura que hemos propuesto del Estado de derecho en términos de teoría del discurso.

Pero su objetivo explícito es una reconstrucción racional de los patrones de argumentación, cuya finalidad es mostrar que las resoluciones del legislador político, en cierto grado venían motivadas racionalmente, a saber, por la cooperación entre un entendimiento basado en cuestiones de validez y un recíproco ejercicio de influencias en que los agentes se orientaban a asegurar cada cual su propio éxito[27]. Elster investiga sobre todo la interacción de estos dos meca-

22. J. Elster, «Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies», en *The Storr Lectures*, Yale Law School, 1991, manuscrito, pp. 37 s.

23. Para una recepción crítica del concepto de acción comunicativa por parte de la teoría de los juegos cf. J. Johnson, «Habermas on Strategic and Communicative Action»: *Political Theory* 19 (1991), pp. 181-201.

24. «Dada la fragilidad del pensamiento instrumental en política, la concepción de la justicia que se escoja no puede ser una concepción consecuencialista como el utilitarismo. Más bien, esa concepción habrá de centrarse en los derechos de los individuos a una igual participación en la toma de decisiones y en el bienestar social» (J. Elster en D. Held [ed.], *Political Theory Today*, p. 116).

25. *Ibid.*, p. 120.

26. A la objeción obvia de que el diseño extraordinario de las asambleas constituyentes no tiene más remedio que jugar en favor de la hipótesis, responde Elster haciendo referencia a las situaciones revolucionarias, asimismo extraordinarias, provocadas por crisis de legitimación, en las que las amenazas (tanto por parte de los Estados del Sur dispuestos a la secesión, como por parte del rey dispuesto a intervenir) no tenían más remedio que tener un efecto más bien polarizador.

27. «El proceso de establecimiento de una Constitución puede iluminar los dos tipos de actos de habla a los que me referiré como *argumentación* y *negociación*. Para estudiar los procedimientos constitucionales podemos sacar provecho de Jürgen Habermas, no menos

nismos. Y el resultado es que el curso efectivo de los debates, como era de esperar, se desvía del procedimiento ideal que representa la política deliberativa, pero que a la vez no deja de venir afectado y regulado de forma eficaz por las presuposiciones de ella. En cualquier caso, los presupuestos comunicativos del modo deliberativo de las disputas de opiniones quedan institucionalizados en los organismos parlamentarios con la suficiente eficacia como para que el procedimiento democrático filtre argumentos y ceda preferentemente la palabra a razones generadoras de legitimidad.

Por ejemplo, no todos los intereses pueden defenderse públicamente. De ahí que ya la publicidad misma de las comunicaciones políticas (muy subrayada por Kant), en conexión con la expectativa de que los proponentes sean consistentes en sus manifestaciones y expliquen sus propuestas de forma coherente, ejerza una saludable coerción procedimental. Bajo esta condición, la ocultación, por ejemplo, de intereses no susceptibles de justificarse públicamente, bajo una capa pública de razones morales o éticas, obliga a comprometerse con esas razones y a contraer vínculos y ligaduras que en la próxima ocasión, o bien desenmascararán a un proponente como inconsistente, o bien con el fin de mantener su credibilidad, le obligarán a tener correspondientemente en cuenta los intereses de los demás[28].

Estas y otras consideraciones sugieren, por lo demás, la consecuencia de que las condiciones para una formación racional de la voluntad política no hay que buscarlas en el nivel individual de las motivaciones y de los fundamentos de la decisión de los actores particulares, sino también en el plano social de los procesos institucionalizados de deliberación y toma de resoluciones. Éstos pueden considerarse como mecanismos que operan sobre las preferencias de los implicados en ellos; clasifican los temas y contribuciones, las informaciones y las razones de modo que, idealmente, sólo las «solicitudes» o «instancias» «válidas» pasan el filtro de las negociaciones *fair* y de los discursos racionales y entran en consideración a la hora de

que de Thomas Schelling... Aun cuando los ejemplos que pondré están principalmente tomados de asambleas constituyentes, buena parte de lo que tendré que decir se aplica en términos generales a los parlamentos, comités y organismos similares de tipo ordinario» (J. Elster, «Arguing and Bargaining», manuscrito, 1991, p. 4).

28. *Ibid.*, pp. 91 s.: «La imparcialidad es lógicamente anterior a la tentativa de explotarla (o a la necesidad de respetarla) para los propósitos interesados de uno. Pero esto no significa que la preocupación por la imparcialidad esté necesariamente extendida. Por otros contextos conocemos que basta una pequeña proporción de cooperadores en una población para hacer que todos los demás se comporten *como si* fueran cooperadores. De forma similar, un pequeño grupo de individuos que piensen imparcialmente pueden inducir a grandes números a imitar su imparcialidad, pero por interés... También la norma por la que está feo hacer expresión del propio autointerés puede ser más fuerte en los contextos públicos que si los debates se hacen a puerta cerrada. Un contexto público promoverá, por tanto, el uso de un comprometerse de antemano con principios, sirviendo esa audiencia más amplia como caja de resonancia de tal pretensión y haciendo así más difícil desdecirse y echarse atrás».

tomar decisiones. Mas con ello no ha hecho sino efectuarse un cambio de perspectiva desde la teoría de la elección racional a la teoría del discurso: «Estas instituciones —Elster se está refiriendo a la Constitución americana— fueron diseñadas para desempeñar el papel de algo así como una virtud "oculta" o "sedimentada", que, por tanto, hacía dispensable en cierto grado, tanto por la parte de los gobernantes como por la parte de los gobernados, la *práctica efectiva* de virtudes tales como la honestidad, la sabiduría, la razón, la razonabilidad, la justicia y toda clase de cualidades morales excepcionales»[29]. En la medida en que la razón práctica queda implantada en las formas de comunicación y en los procedimientos institucionalizados mismos, no necesita quedar encarnada exclusivamente ni siquiera predominantemente en las cabezas de los actores colectivos o de los actores individuales. El estudio de Elster se basa en la suposición de que el nivel discursivo de las comunicaciones políticas observables constituye un criterio de la eficacia de una razón procedimentalizada de ese modo. Los resultados de la política deliberativa pueden entenderse como poder comunicativamente generado que, por un lado, entra en competencia con el potencial de poder de actores capaces de hacer valer su amenaza de forma efectiva y, por otro, con el poder administrativo de quienes ocupan cargos.

II

La teoría de sistemas no necesita negar estos fenómenos de un poder generado comunicativamente dentro del complejo parlamentario y de una influencia adquirida en el espacio público-político; pero somete esos fenómenos a descripciones que desenmascaran *a fortiori* la impotencia del poder comunicativo. Desde este punto de vista el sistema político, tras haberse efectuado una completa positivización del derecho, ha de poder renunciar a fuentes autónomas del derecho legítimo. Al igual que otros sistemas funcionales, también la política se ha autonomizado en un circuito de comunicación, recursivamente cerrado sobre sí mismo, y con su propio código. En conexión con el sistema jurídico, cuya función es asegurar la legalidad, esa política que se ha vuelto contingente y que desde la referencia a lo no propio ha pasado a asentarse en la autorreferencia, extrae de sí misma todo lo que ha menester en lo tocante a legitimación. La necesidad de legitimación puede cubrirse en términos paternalistas partiendo del complejo de mayor densidad organizativa, es decir, a través de líneas de conexión que van desde el juego de revancha y

29. C. Offe y U. K. Preuss, «Democratic Institutions and Moral Resources», en D. Held (ed.), *Political Theory Today*, Oxford, 1991, p. 149.

desquite entre gobierno y oposición hasta la subcompleja red de comunicaciones que forma el público de los electores, pasando por la competencia entre los partidos. Empero este cuadro que Luhmann pinta de la autolegitimación de una política o sistema político anclado en el aparato estatal sufre un desgarrón cuando el planteamiento que hoy representa la teoría de sistemas se ve confrontado con la tarea de «pensar la teoría del Estado en la perspectiva de una sociedad éticamente responsable y que sea éticamente defendible»[30].

Someteré a una crítica inmanente (1) el original intento de Willke de desarrollar una teoría del Estado, con el fin (2) de obtener de esa crítica un modelo que resulte apropiado para hacer un empleo del concepto de política deliberativa que venga suficientemente informado por la sociología.

(1) En su *Filosofía del Derecho* (§§ 250-256) Hegel había atribuido a las corporaciones la importante tarea de mediar entre la sociedad civil y los órganos del Estado. H. Willke, a la luz del debate sobre el neocorporativismo, se ve llevado a dar al Estado estamental de Hegel una interpretación en términos de teoría de sistemas, tras restar a ese Estado su cúspide monárquica. Las acciones concertadas, las mesas redondas, los organismos de coordinación de todo tipo, surgidos en esa zona gris entre el Estado y la sociedad, los describe Willke como sistemas sintomáticos de negociación que, en una sociedad descentrada, permiten a la política, en el papel de un supervisor educado para ejercer funciones terapéuticas, mantener la unidad de la sociedad global, que el Estado ya no puede representar. Por un lado, a ese sistema político que se ha convertido en un subsistema entre otros subsistemas y que ya no puede pretender ningún primado en la sociedad, Willke, al igual que Luhmann, lo ve descargado de la función de integrar a la sociedad en conjunto; pero por otro lado, Willke vuelve a introducir por la puerta trasera al Estado como garante de la integración de una sociedad estamental.

Por más sorprendente que resulte la respuesta, la pregunta no deja de ser un resultado bien consecuente del giro autopoiético de la teoría de sistemas. Pues pertenece a la lógica de la diferenciación funcional de una sociedad el que los subsistemas diferenciados vuelvan a quedar integrados en un nivel superior de la sociedad. Si la sociedad decentrada ya no pudiese salvaguardar su unidad, entonces no podría sacar ya provecho del aumento de complejidad de sus partes y en conjunto sería víctima de sus propias ganancias en diferenciación. Y la sociedad cuyos subsistemas pasan a asentarse en la autopoiésis, parece, en efecto, desembocar en tal callejón sin salida; pues el último paso hacia la autonomía, los subsistemas funcionales

30. H. Willke, *Ironie des Staates*, Frankfurt a. M., 1992, p. 12.

lo efectúan a través de sus propias semánticas especiales, las cuales, pese a todas las ventajas, tienen por consecuencia una ruptura del intercambio directo de informaciones con el entorno. En adelante todos los subsistemas funcionales se hacen su propia imagen de la sociedad. Ya no dominan ningún lenguaje común en el que la unidad de la sociedad pudiese venir representada de un *mismo* modo para todos. El entendimiento inespecífico en lo tocante a código pertenece al pasado. Todo sistema se hace insensible a los costes que genera para otros sistemas. Ya no hay ningún lugar desde el que pudieran percibirse y elaborarse los problemas que resultan relevantes para la reproducción de la sociedad *en conjunto*. Los lenguajes especiales neutralizan hasta tal punto el lenguaje ordinario —al igual que los subsistemas funcionales neutralizan al mundo de la vida— que ni aquél ni éste pueden constituir ya una caja de resonancia que fuese lo suficientemente compleja como para tematizar y tratar problemas concernientes a la sociedad global. Bajo tal premisa el espacio público-político no puede constituir tal capa de resonancia por la simple razón de que, junto con el público de los ciudadanos, queda asociado, trabado y ligado al código que representa el poder y se contenta con, y se nutre de, política simbólica.

Por otro lado, los riesgos, peligros y amenazas a que se ve sujeta la capacidad de integración representan muy en especial un desafío para la política y para el derecho. Pues en cierto modo renuevan el *shock* que ambos experimentaron antaño por causa de la pérdida de la legitimidad religiosa. Ahora bien, la cuestión de cómo puede organizarse la unidad de la sociedad, ya no representable por el Estado, no puede plantearse ya *directamente* como una cuestión de legitimación. Pues el criterio de la legitimidad sólo vale para cuestiones políticamente decidibles; no puede aplicarse a problemas concernientes a la sociedad *global*. No obstante, la tarea rutinaria de creación y obtención de legitimación queda estorbada por problemas de irracionalidad concernientes a la sociedad global, porque el derecho y la política han asumido en lo que respecta a la cohesión del sistema en conjunto, una especie de aval para los casos en que tal cohesión falla. En cualquier caso, Willke diagnostica el retorno de una problemática de legitimación que viene en todo caso *inducida* por la insuficiente integración de la sociedad global, aun cuando se *mida* por una «racionalidad sistémica global». Y tal problemática habrá de poder ser resuelta por procesos de sintonización, mediados políticamente, entre los distintos sistemas funcionales. La visión neocorporativista de Willke «tiene por meta la configuración de relaciones intersistémicas entre subsistemas autónomos capaces de acción, e interdependientes, que ya no se acomodan al primado de una de las partes y que, por tanto, no extraen la racionalidad sistémica global de la validez de lo universal, sino de una sintonización reflexiva de

lo particular»[31]. Según su diagnóstico, en las sociedades occidentales los sistemas políticos se encuentran ya en la vía de un Estado de la supervisión o Estado supervisor. Resumiré en tres puntos la descripción que Willke hace de una sociedad que, mediante la inducción de un equilibrio intersistémico de este tipo, quedaría integrada a la vez que sometida a tutela:

(*a*) El Estado supervisor busca, mediante sistemas de negociación y trato de tipo no jerárquico, una sintonización con sistemas sociales funcionales que, o bien se han visto perturbados en sus propias operaciones y prestaciones y necesitan de una «ayuda al desarrollo», o bien gravan a su entorno con costes externalizados y han de ser obligados a «tener en cuenta a los demás». Pero el modo como los sistemas funcionales pueden ser llevados o inducidos a efectuar un cambio de estructuras, viene ya prefijado por las propias estructuras de esos subsistemas. De ahí que el Estado supervisor haya de practicar una «política de opciones», bien conocida en el campo de la planificación económica, política que va más allá de las prohibiciones y los estímulos. Esa política tiene en cuenta el modo de operación y los grados de libertad del sistema que pretende controlar, e influye sobre la autorregulación y el autocontrol del propio sistema mediante la introducción de cambios apropiados en su contexto. Las dificultades, que se han estudiado a menudo, con que choca la planificación en campos de la política tales como la política sanitaria, la política tecnológica, la política científica, suministran plausibles pruebas de los límites de las intervenciones estatales directas. En lugar de eso, de lo que ahora se trata es de recurrir al modo o técnica que representa el asesoramiento empresarial como modelo de una estrategia que enreda e implica en una «conexión productiva y generadora de autolimitaciones y autoligaduras» a sistemas operativamente cerrados.

(*b*) También la política que se endereza a este tipo de regulación y control de sistemas ha de servirse del lenguaje del derecho, pero ya no en la forma de programas condicionales o de programas «finales», sino como derecho «reflexivo»[32]. La política pone a disposición de los sistemas a los que controla, «formas» para su propio establecimiento de prioridades, de suerte que las preferencias previamente dadas de forma interna al sistema sean objeto (dentro del propio sistema) de una ponderación distinta. Los sistemas han de seguir ejecutando sus propias melodías, pero con un ritmo distinto, establecido

31. *Ibid.*, p. 205.

32. G. Teubner, «Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege», en F. Kübler (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984, pp. 289-344.

por un cambio de acentos. Con este fin, el derecho civil concebido hasta ahora en términos individualistas, ha de transferirse a actores colectivos y cambiar en su enfoque de relaciones entre personas a relaciones sistémicas. Suministran ejemplos de ello las nuevas formas de protección de derechos referentes a los nuevos bienes colectivos de la «sociedad del riesgo», la protección contra la destrucción del entorno, contra la contaminación nuclear o contra el cambio letal de la herencia biológica, y en general la protección contra los efectos secundarios no controlados de los grandes dispositivos técnicos, de los productos farmacéuticos, de los experimentos científicos, etc. El derecho no puede ni debe implementarse sentando de forma autoritaria objetivos de control y regulación, antes en forma de «programas relacionales» que motiven al sistema generador de peligros a cambiar de rumbo y lo pongan también en situación de hacerlo. De este modo, el derecho funciona como catalizador de cambios que el propio subsistema de que se trate efectúa sobre sí mismo.

(*c*) Aun cuando las operaciones de integración se desplacen del plano de la formación democrática de la opinión y la voluntad al plano de las relaciones intersistémicas, esta democracia que desde el plano de las personas pasa a asentarse en el plano de los sistemas, permanecería intacta en su «contenido esencial». Willke sigue hablando de «establecimiento de discursos societarios» e incluso de «sintonización de actores autónomos mediante discursos racionales»[33]. Pues los procesos de sintonización se efectúan conforme a lo que establecen procedimientos (¿democráticos?) que regulan las relaciones de comunicación entre unidades decentrales: «Es menester el consenso como consenso marco acerca de las bases y límites del disentimiento, a fin de de evitar que el disentimiento, llevado cada vez más lejos, no conduzca a la disolución del sistema»[34]. Y cuando Willke añade en ese pasaje «que el consenso sólo se utiliza como la línea imaginaria, que hay que trazar de nuevo una y otra vez, merced a la que, tan pronto queda fijada, pueden constatarse y fijarse diferencias y disentimientos, con el fin de resolverlos», no está haciendo otra cosa que dar cobro y alcance, en una descripción realizada en términos de teoría de sistemas, al momento idealizador que la validez nacida de un acuerdo lleva anejo. Pero estas palabras que la exposición de Willke no hace sino tomar del vocabulario intersubjetivista de una tradición teórica distinta, sólo pueden tener ya un significado metafórico cuando se han cambiado las premisas.

Por un lado, el «diálogo» o «conversación» entre los sistemas funcionales, a diferencia de lo que ocurre con la práctica comunica-

33. H. Willke, *Ironie des Staates*, p. 202.

34. *Ibid.*, p. 49.

tiva de los ciudadanos, no trataría de normas, valores e intereses, antes se restringiría al objetivo cognitivo de aumentar reflexivamente el saber sistémico. El intercambio entre expertos que mutuamente se ilustran acerca del modo de operar de sus respectivos ámbitos funcionales, superaría la específica ceguera de los sistemas de acción autorreferenciales. Ese intercambio se asemeja más bien, como muestran los ejemplos tomados de la literatura sobre *management*, a un curso de perfeccionamiento en el que el director del curso, que a la vez lo modera, hace que *managers* procedentes de distintas ramas actúen de consultores en relación con problemas a que se enfrentan empresas de otras ramas. Por otra parte, las reglas de «toma de contacto, de negociación y de trato» conforme a las que se efectúa el diálogo pierden el contenido universalista de reglas democráticas de procedimiento; pues el círculo de los sistemas funcionales «necesitados de terapia» no puede pretender representatividad alguna.

Esta interesante propuesta para la solución del problema de integración atinente a la sociedad global, que de modo tan desnudo y claro se plantea aquí de forma interna a la teoría, choca con dificultades que paso a comentar porque ponen en el lugar que le corresponde al problema de la legitimación, que la teoría de sistemas trata de quitarse de encima.

ad (*a*) En su forma clásica el problema de Hobbes se había planteado como la cuestión de cómo del encuentro de las perspectivas egoístas de individuos que actúan enderezándose a la realización de su propio interés particular puede surgir un orden que lleve a los actores individuales a tener en cuenta los intereses de los demás. Este problema, en el que todavía labora la teoría de la elección racional, se repite de forma distinta para la teoría de sistemas. Un orden que se estabilice a sí mismo, ha de poder ser explicado ahora a partir de la sintonización cognitiva de perspectivas sistémicas. La dimensión práctica de las regulaciones de la acción desaparece del planteamiento de la teoría de sistemas, con lo cual el «altruismo» racionalmente fundado pierde su sentido para el tráfico de los sistemas funcionales entre sí. En su versión puramente epistémica el problema de Hobbes se plantea, empero, de forma mucho más aguda porque el egocentrismo de perspectivas referidas unas a otras ya no viene determinado por preferencias y orientaciones valorativas propias, sino por las *gramáticas de la visión que del mundo* tienen los distintos subsistemas. Los sistemas cerrados autopoiéticamente, a diferencia de los individuos en el estado de naturaleza, no comparten ya un mundo común. En este aspecto el problema de una comunicación lograda entre unidades autónomas que operan autorreferencialmente, cada una de ellas con su propia perspectiva de mundo, se corresponde con bastante exactitud con el problema, bien cono-

cido en la Fenomenología, de la construcción de un mundo intersubjetivamente compartido a partir de las operaciones monadológicas de los sujetos transcendentales. Y al igual que Husserl (o después Sartre) no pudieron resolver este problema[35] de la intersubjetividad, así tampoco la teoría de sistemas logra hacer comprensible cómo a sistemas encerrados autopoiéticamente dentro del círculo mágico de su propio control o regulación autorreferenciales podría hacérselos madurar para que transcendiesen esa autorreferencia pura[36].

La espiral de reflexión a que da lugar la observación recíproca de las autoobservaciones ajenas no saca del círculo de autoobservación y observación del otro, propias de cada subsistema; esa espiral no penetra la oscuridad de la recíproca intransparencia[37]. Para entender el modo de operación y la autorrefencia de otro subsistema, y no sólo «observarlo» a fin de poderse hacer de él una «imagen» conforme al propio código del sistema observador, los sistemas implicados tendrían que disponer de un lenguaje al menos parcialmente común; pero el supuesto es que no puede haber tal cosa: «La comunicación lograda presupone que las partes se presentan mutuamente informaciones relevantes, de modo que esas informaciones puedan ser "leídas", es decir, entendidas también en el contexto de otros criterios rectores, de criterios rectores extraños. El desafío es establecer compatibilidad entre "juegos de lenguaje" diversos, pues cada "lenguaje" comporta realidades diversas y proyecciones de mundo diversas. *También para las sociedades complejas vale, pues, que la estructura profunda de su orden está ligada a la gramática de informaciones comprensibles*»[38]. Las «reglas de transferencias» de las que se compone tal gramática no vienen adelantadas y suministradas ya por las reglas gramaticales de un lenguaje ordinario que circula a lo largo y ancho de toda la sociedad; antes han de empezar siendo construidas —conforme al patrón del derecho internacional privado— como normas para casos de colisión, que desde la perspectiva de cada uno de los subsistemas establezcan puentes de entendimiento con otros subsistemas. Pero como tales reglas las generan los sistemas implicados, cada uno para sí, éstos no han superado aún su perspectivismo semántico, sino que en todo caso han creado la base para una nueva etapa evolutiva. El necesario *entrelazamiento de perspectivas* tiene, por tanto, que *esperar* a que emerja un nuevo tipo de sistema de reglas.

Al cabo, Willke se saca las condiciones de la intersubjetividad del entendimiento posible, como por arte de magia, del sombrero

35. Cf. mi segunda *Gauss-lecture*, en J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, 1989, pp. 38 ss.

36. Cf. mi excurso sobre Luhmann en J. Habermas, *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid, 1989, pp. 434-453.

37. H. Willke, *Ironie des Staates*, pp. 165 s.

38. *Ibid.*, pp. 345 s. (El subrayado es mío.)

de la evolución social: «Aquí entra en juego una nueva clase de reglas. Por primera vez estas reglas ya no tienen su anclaje en los subsistemas, sino que son el resultado (en el nivel del sistema) de una integración activa y consciente de las partes, cuya voluntad es unirse en un sistema global emergente (!). Este tipo de reglas es la materia de la que puede formarse ese tipo de control o regulación contextual descentral, como procedimiento de la supervisión política»[39]. De los recíprocos tanteos de sistemas semánticamente cerrados, que se guían por sus propias observaciones, ha de *emerger*, por tanto, un lenguaje que simule exactamente aquello que el lenguaje ordinario, del que originalmente se han diferenciado las semánticas especiales, proporciona ya siempre. La construcción auxiliar de Willke resulta tanto menos convincente cuanto que ya el derecho, con sus «programas relacionales» o «programas de establecimiento de relaciones», ha de conectar con las operaciones de «transferencia de informaciones inteligibles» a lo largo y ancho de toda la sociedad, que el lenguaje ordinario efectúa. Cuando se sigue la argumentación de la filosofía analítica del lenguaje, no acaba uno encontrando, por lo demás, nada de sorprendente en la idea de que el lenguaje ordinario actúe de «último metalenguaje». El lenguaje ordinario constituye ese medio abierto que es un lenguaje que circula a lo largo y ancho de toda la sociedad, y del que puede traducirse a, y al que puede traducirse de, todos los discursos especiales.

ad (*b*) El Estado ha de «salvar el peligro que representaría una absolutización de la racionalidad de los subsistemas a costa de la racionalidad del conjunto»[40]. Con este objetivo que va mucho más allá del sistema político, el proceso de legitimación que discurre internamente se hace depender de un control y regulación contextuales, que no queda ya sujeto al control del subsistema político, sino que ha de canalizarse a través de sistemas corporativos de discusión y negociación, es decir, a través del establecimiento de mecanismos especializados en la sintonización y coordinación intersistémicas. Aun cuando la política lograse ampliar sin disonancias cognitivas sus propios criterios de legitimidad añadiéndoles criterios de racionalidad sistémica que es por los que habría que medir una producción normativa capaz del control y regulación antedichos, con ello la base de decisión se desplazaría de suerte que al sistema político no le sería ya lícito atribuirse *sólo a sí* mismo todas las decisiones necesitadas de legitimación. Esto significaría una interrupción del proceso de *auto*legitimación que discurre internamente. Ciertamente, la regulación o control sistémicos se seguirían efectuando en forma de

39. *Ibid.*, p. 346.
40. *Ibid.*, p. 197.

derecho. Pero con la delegación de competencias estatales de tipo legislativo en sistemas de negociación a los que afluye la *dinámica propia* de otras unidades que operan autorreferencialmente, la reproducción del derecho y la política cae en la penumbra de una especie de «doble dominación», de una dominación compartida entre la administración del Estado y los subsistemas funcionales de la sociedad. Cuanto más se deja implicar la administración pública en «discursos societarios» de un nuevo tipo, tanto menos puede satisfacer a la forma de la circulación oficial del poder articulada en términos de Estado democrático de derecho. El mismo neocorporativismo que ha de hacer frente a los peligros de una desintegración de la sociedad global poniendo así dique al nuevo tipo de problemas de legitimación que están haciendo eclosión, estorba el proceso de autolegitimación que discurre por su propia cuenta y sometido a su propia lógica. Esta objeción sólo resultaría ociosa si el cambio de tipo de derecho, que se propone, pudiera efectuarse de modo conforme con la democracia.

Cuanto más son actores colectivos, es decir, subsistemas sociales y grandes organizaciones y no individuos, los que actúan, tanto más claramente se desplaza la base de imputación de consecuencias de la acción y tanto menos parecen poder venir asegurados por medio de derechos subjetivos los bienes colectivos de la «sociedad del riesgo» que se consideran dignos de ser protegidos jurídicamente. De ahí que Willke tenga por obsoleto el anclaje individualista del derecho en un «sistema de los derechos». Los «programas relacionales» requeridos se enderezan al autocontrol y a la autorregulación de sistemas; ya no se refieren a la autonomía privada y pública de individuos socializados. Pero tal reestructuración del derecho no tiene por qué implicar en modo alguno el abandono de la idea de Estado constitucional, sino sólo una interpretación distinta de esa idea. Bajo esta premisa, bastaría una legalización de esos sistemas de discusión y negociación para asegurar también su legitimidad: «Las sociedades altamente complejas sólo pueden mantenerse como democráticas si esta idea (la de Estado constitucional) se generaliza a la sociedad en conjunto y la específica estructura de la sociedad en conjunto permite y fomenta el que se garanticen tanto la autonomía y diferencia de los ciudadanos como la autonomía y diferencia de los subsistemas sociales. Lo último *no es solamente* un fin en sí mismo que se agotase en el mantenimiento del grado alcanzado de diferenciación funcional, sino que sirve *además* a la generalización de la protección de los ciudadanos en términos de derechos fundamentales»[41].

De hecho, esta formulación delata bastante más que sólo una ruptura con una determinada lectura histórica del Estado democráti-

41. *Ibid.*, p. 358. (El subrayado es mío.)

co de derecho. Pues con «la idea de una constitución consensualmente institucionalizada a lo largo y ancho de toda la sociedad», que, «de sus ciudadanos como personas naturales, se extienda a sus organizaciones, actores corporativos y sistemas funcionales»[42], la adaptación que en términos de teoría de sistemas se hace del Estado estamental hegeliano pasa a ocupar el lugar del Estado democrático de derecho socavando los fundamentos de legitimidad de éste. Ello queda ya de manifiesto en ejemplos muy sencillos. Los sistemas neocorporativistas de negociación sólo pueden sintonizar entre sí el crecimiento de la complejidad de los sistemas funcionales estimulando a la vez ese crecimiento; sin embargo, entre este crecimiento de la complejidad de las corporaciones, llamadas a «co-ejercer un papel de configuración política y jurídicamente facultadas para ello», y la realización de los derechos fundamentales de los ciudadanos no se da una armonía preestablecida. A menudo, ciertamente, un alto nivel de diferenciación sistémica puede también justificarse desde puntos de vista normativos; y mientras el aumento de complejidad de la administración estatal y la economía capitalista discurrió paralelamente a una creciente «inclusión» de los ciudadanos y de los agentes económicos, pudo suponerse, consideradas las cosas en conjunto, una sintonía y armonía entre los procesos que desde puntos de vista funcionales se presentaban como ganancias en diferenciación y desde puntos de vista normativos como progresos en la realización de iguales derechos. Pero estos desenvolvimientos paralelos sólo consistieron en nexos contingentes, en modo alguno en nexos de tipo lineal, y ello hasta hoy. Además la circunstancia de que hoy en las sociedades fragmentadas del mundo de la OCDE, el bienestar y la seguridad social de una mayoría de la población vayan crecientemente de la mano de la segmentación y exclusión de una subclase desamparada e impotente, desfavorecida en casi todas las dimensiones, no es sino uno de los muchos indicios de tendencias que *discurren en dirección opuesta*. Entre las políticas negociadas en términos neocorporativistas y la protección de los derechos fundamentales de grupos de población débilmente organizados de la periferia de la sociedad se producen conflictos, no sólo a consecuencia de una desigual distribución de las retribuciones individuales, sino también porque la privación de bienes colectivos afecta selectivamente a las distintas clases sociales.

De ahí que la idea de Estado de derecho sufra quebranto en cuanto, en términos de derecho constitucional, a los subsistemas funcionales de la sociedad se los emancipa de su papel instrumental y pasan a convertirse en «fines en sí». Pues entonces la «autonomía y carácter diferencial» de los ciudadanos ha de competir por protección jurídica con la de los subsistemas incluso dentro del circuito

42. *Ibid.*, p. 357.

«oficial» del poder. La estructuración del sistema político en términos de Estado de derecho sólo quedará salvaguardada mientras las autoridades puedan afirmar, frente a los negociadores provenientes de las corporaciones, su posición asimétrica y superior que resulta de su obligación de representar la voluntad de los ciudadanos actualmente no implicados, sedimentada en el mandato de la ley. Tampoco en los procesos de decisión debe romperse el lazo de la delegación de competencias de decisión. Pues sólo así puede mantenerse la conexión con el público de los ciudadanos, los cuales tienen, por un lado, derecho a, y por otro están también *en situación de*, percibir la incompatibilidad social de sistemas funcionales, identificarla y tematizarla públicamente. Es cierto que es en el seno de los mecanismos y organismos corporativistas donde estos subsistemas han de aprender a superar sus cegueras específicas y a observarse mutuamente como subsistemas en un sistema global. Pero precisamente por eso han menester también de ser ilustrados por los clientes afectados (en el papel de éstos como ciudadanos) acerca de sus costes externos y de las consecuencias de sus fracasos internos. Si el discurso de los expertos no se conecta retroalimentativamente con la formación democrática de la opinión y la voluntad, la particular opinión que los expertos pueden hacerse de un problema acaba imponiéndose contra la de los ciudadanos. Y toda diferencia de interpretación de este tipo, no tiene más remedio que percibirse, desde la perspectiva del público de los ciudadanos, como una ulterior confirmación de un paternalismo sistémico que representa una amenaza para la legitimidad.

ad (*c*) El estrechamiento cognitivista-*managerial* de los discursos neocorporativistas acerca de la regulación y el control se explica porque la sintonización entre sistemas funcionales no arroja otra cosa que problemas de coordinación funcional. Aquí el saber relevante para la regulación y control sistémicos, que los diversos grupos de expertos poseen, hay que elaborarlo hasta convertirlo en políticas y éstas han de ser convertidas a su vez en programas jurídicos por juristas instruidos en teoría de sistemas. Esta concepción se apoya en la suposición escasamente realista de que el saber profesionalmente movilizado de los especialistas puede aislarse de valores y de puntos de vista morales. En cuanto el saber especializado se acerca a problemas de regulación o control políticamente relevantes, se hace notar su inevitable impregnación normativa, generando controversias polarizadoras incluso entre los propios especialistas. Los problemas de coordinación funcional, elaborados políticamente, vienen ya entrelazados con la dimensión moral y ética de la de la sociedad aunque sólo sea porque las consecuencias de la falta de integración sistémica sólo son percibidas como problemas necesitados de

solución por los intereses vulnerados y las identidades amenazadas en el contexto de, y sobre el trasfondo de, un mundo de la vida que tiene su propia historia. De ahí que sea contraproductivo, no sólo desde puntos de vista legitimatorios, sino también desde puntos de vista cognitivos, el que los procesos de sintonización entre actores estatales y actores sociales se autonomicen frente al espacio público-político y a la formación de la voluntad parlamentaria. Pues desde ambos puntos de vista sería recomendable que la base ampliada de saber de una Administración que no tiene más remedio que pasar a controlar y regular, llevase el sello de, y quedase a su vez controlada por, una política deliberativa, es decir, por una disputa de opiniones públicamente organizada entre expertos y contraexpertos.

(2) Las objeciones analizadas de (*a*) a (*c*), a las que se enfrenta ese concepto de una sociedad de subsistemas autónomos estructurada «estamentalmente», apuntan todas en la misma dirección: la integración de una sociedad altamente compleja no puede ni desarrollarse ni encauzarse en términos de un paternalismo sistémico, es decir, pasando de largo entre el poder comunicativo del público de los ciudadanos. Los sistemas semánticamente cerrados no pueden ser movidos a encontrar por sus propias fuerzas el lenguaje común que han menester para la percepción y la articulación de relevancias y criterios concernientes a la sociedad global. Para ese fin se dispone, por debajo del umbral de diferenciación de los códigos especiales, de un lenguaje ordinario que circula a lo largo y ancho de toda la sociedad, del cual se hace uso sin más en las redes periféricas de comunicación que constituyen el espacio público-político y en el complejo parlamentario, para el tratamiento de problemas concernientes a la sociedad global. Ya por esta razón la política y el derecho no pueden entenderse como sistemas autopoiéticamente cerrados. El sistema político articulado en términos de Estado de derecho está internamente diferenciado en ámbitos de poder administrativo y ámbitos de poder comunicativo y permanece abierto al mundo de la vida. Pues la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad depende de los suministros provenientes de los contextos informales de comunicación del espacio público ciudadano, de la red de asociaciones y de la esfera privada. Con otras palabras: el sistema político de acción está inserto en los contextos del mundo de la vida.

Los sistemas paraestatales de negociación cuando carecen de ligaduras efectivas con el complejo parlamentario y la esfera de la opinión pública, provocan problemas de legitimación y, a causa de su especialización en problemas de coordinación funcional, no están a la altura, ni siquiera cognitivamente, de la presión que ejercen los problemas que nos asaltan. La concentración en problemas funcionales de regulación o control introduce además una distorsión en la ponderación

que ha de hacerse entre las tareas tradicionales y las nuevas tareas del Estado. Las tareas sociointegrativas, es decir, las tareas concernientes a lo que nosotros llamamos «integración social» frente a «integración sistémica» (como son el mantenimiento del orden, la redistribución y la seguridad social, la protección de las identidades colectivas y de las tradiciones culturales comunes) mantienen y han de seguir manteniendo un puesto de igual dignidad en la agenda política. Pero a causa de la fijación en los complejos altamente organizados de la sociedad surge una imagen unilateral. Las sociedades funcionalmente diferenciadas no se agotan en modo alguno en una pluralidad de sistemas autorreferencialmente cerrados. Al paradigma sistémico siguen respondiendo sobre todo la economía capitalista y —con distancia— una Administración pública especializada en la planificación y en proveer a necesidades de la existencia individual y social. Pero muchos ámbitos altamente organizados como son, por ejemplo, el sistema educativo y el sistema de la ciencia, no deben en modo alguno su lógica específica, lógica que oponen a las intervenciones estatales directas, a un código propio o a un medio de control o regulación análogo al que representa el dinero, sino a la lógica de sus cuestiones y planteamientos especiales. Por lo demás, la «constitucionalización» de sistemas de acción, a los que se endereza el «control contextual» del Estado, significa en los ámbitos de acción integrados comunicativamente, como son la familia o la escuela, algo distinto que en las grandes organizaciones o en las redes (como son, por ejemplo, los mercados) integradas sistémicamente. En el primer caso la constitución jurídica recoge y *da envoltura y forma* jurídica a relaciones normativamente reguladas de instituciones ya existentes. En el segundo esa constitución y estructuración jurídicas sirve a la coordinación funcional de relaciones sociales *generadas* por el Derecho mismo. Finalmente, las formas participativas de implicación ciudadana que ligan a la Administración encargada de implementar los programas a los discursos de sus clientes tomados en serio como ciudadanos, tiene un sentido distinto que los sistemas neocorporativistas de negociación. Estas diferencias no pueden desaparecer en el gris sobre gris de las descripciones que nos suministra la teoría de sistemas.

Si queremos responder a la cuestión planteada al final del capítulo anterior, tenemos que buscar un camino propio aquende la teoría de sistemas y la teoría de la decisión. El análisis reconstructivo que hace Elster del proceso de producción legislativa dirige la atención a la racionalidad procedimental de la formación de la opinión y la voluntad regulada por procedimientos; pero esta mirada no alcanza más allá de la generación de poder comunicativo. Desde un ángulo de mira ampliado en términos de teoría de sistemas, Willke se concentra sobre el desbordamiento del Estado por problemas de control y regulación sistémicos que, conforme a su análisis, sólo po-

drían resolverse ya obviando y eludiendo el poder comunicativo. Pero este diagnóstico desconoce lo que puede dar de sí el lenguaje ordinario, por su carácter multifuncional, y precisamente a causa de su falta de especialización. El lenguaje ordinario es el medio de la acción orientada al entendimiento, a través de la cual se reproduce el mundo de la vida; a través del medio que representa el lenguaje ordinario se entrelazan también entre sí los componentes del mundo de la vida. Los sistemas de acción que están especializados en alto grado en la reproducción cultural (como la escuela) o en la socialización (como la familia) o (como el derecho) en la integración social, no operan estrictamente separados unos de otros. A través del código común que representa el lenguaje ordinario esos sistemas de acción cumplen también, por así decir, concomitantemente, las funciones de los demás, manteniendo así una referencia a la totalidad del mundo de la vida. Aquellos ámbitos nucleares del mundo de la vida que tienen carácter privado, esto es, que se caracterizan por su intimidad, es decir, por venir protegidos de la publicidad, estructuran encuentros entre familiares, amigos, conocidos, etc., y concatenan, en el plano de estas interacciones simples, las biografías de sus miembros. La esfera de la vida pública guarda una relación de complementariedad con esa esfera de la vida privada, de la que se recluta al público como portador de la opinión pública.

El mundo de la vida constituye, considerado en conjunto, una red de acciones comunicativas. Bajo el aspecto de coordinación de la acción, su componente *sociedad* viene formada por la totalidad de relaciones interpersonales ordenadas en términos de legitimidad. Comprende también colectivos, asociaciones y organizaciones que están especializadas en determinadas funciones. *Algunos* de estos sistemas de acción funcionalmente especializados se autonomizan frente a los ámbitos de acción «socialmente integrados», es decir, frente a los ámbitos de acción integrados a través de valores, normas y entendimiento intersubjetivo y desarrollan sus propios códigos, como es el dinero en el caso de la economía o el poder en el caso de la Administración. A través de la institucionalización jurídica de estos medios de regulación o control estos subsistemas permanecen, empero, anclados en la componente *sociedad* del mundo de la vida. El lenguaje del Derecho da a comunicaciones provenientes de la esfera de la opinión pública y de la esfera de la vida privada, es decir, a comunicaciones provenientes del mundo de la vida, una forma en la que esos mensajes pueden ser también entendidos y asumidos por los códigos especiales de los sistemas de acción autorregulados, y a la inversa. Sin este transformador el lenguaje ordinario no podría circular a lo largo y ancho de toda la sociedad.

En lo que sigue me serviré de un modelo desarrollado por B. Peters, a fin de dar una forma precisa a la cuestión de qué capacidad

tiene de imponerse la circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho, y de intentar una primera respuesta[43]. Según la propuesta de B. Peters, los procesos de comunicación y decisión del sistema político articulado en términos de Estado de derecho se ordenan conforme a un eje centro-periferia, vienen estructurados por un sistema de esclusas y se caracterizan por dos formas (una ordinaria y otra extraordinaria) de elaboración de problemas. El ámbito medular del sistema político está formado por los conocidos complejos institucionales que son la Administración (incluyendo el Gobierno), la administración de justicia y la formación democrática de la opinión y la voluntad (con los organismos parlamentarios, las elecciones, la compentencia entre partidos, etc.). Este centro, al que sus competencias formales de decisión y las prerrogativas que de hecho tiene, separan y distinguen de una ramificada periferia, está, pues, estructurado en términos «poliárquicos». Pero dentro de ese ámbito nuclear, la «capacidad de acción» varía con la «densidad» de la complejidad organizativa. El complejo parlamentario es el más abierto a la percepción y tematización de los problemas de la sociedad, pero paga tal sensibilidad con una menor capacidad de elaborar problemas en comparación con el complejo administrativo. En los bordes o márgenes de la Administración se forma una especie de periferia *interna* compuesta por instituciones diversas que están dotadas de derechos de autoadministración o de funciones de competencia estatal y control estatal delegadas por el Estado (las universidades, los sistemas de seguridad social, las representaciones estamentales, las cámaras de comercio, las sociedades benéficas, las fundaciones, etc.). Este ámbito nuclear tomado en conjunto tiene una periferia *externa* que, simplificando mucho las cosas, se divide en «consumidores» y «proveedores».

Por el lado de la implementación han surgido para los distintos campos de la política un sistema de complejas conexiones entre las administraciones públicas y entidades de tipo privado como son las organizaciones, las confederaciones, los grupos de intereses, que en los ámbitos sociales necesitados de regulación, pero intransparentes, cumplen funciones de coordinación. De estos sistemas de negociación hay que distinguir los grupos y asociaciones que frente a los parlamentos y administraciones, y también a través de la vía que representa la administración de justicia, traen a lenguaje problemas sociales, plantean exigencias políticas, articulan intereses o necesidades y ejercen influencia sobre la formulación de los proyectos de ley o sobre la formulación de las distintas políticas. El espectro de este tipo de entidades alcanza desde las asociaciones que representan a

43. B. Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1993, cap. 9.2.

grupos de intereses claramente definidos, pasando por asociaciones de claros fines políticos partidistas y por sociedades culturales (como las academias, las sociedades de escritores, los profesionales radicales, etc.) hasta los *public interest groups* (con preocupaciones públicas como son la protección del entorno, el control de las mercancías, la protección de los animales, etc.) y las iglesias y las asociaciones benéficas[44]. Estas asociaciones formadoras de opinión, especializadas en suscitar temas y en hacer contribuciones a ellos, y en general en ejercer influencia pública, pertenecen a la infraestructura de sociedad civil sobre la que se apoya un espacio de opinión pública dominado por medios de comunicación que con sus corrientes de comunicación informales, concatenadas por múltiples vías y muy diferenciadas, constituye la *periferia* propiamente dicha. Como muestra el debate neocorporativista acerca de sistemas de negociación, la diferencia entre «consumidores» orientados al *output* y «proveedores» orientados al *input* no es, empero, tajante. Ahora bien, la fusión que fácticamente se observa entre la influencia sobre la implementación de las políticas acordadas, por un lado, y la formulación y adopción de políticas, por otro, no podría ser «normalizada» jurídicamente sin vulneración de los principios del Estado de derecho[45].

Tras esta visión de conjunto de tipo descriptivo Peters introduce dos elementos explicativos: el modelo de esclusas y dos modos de elaboración de problemas que determinan la dirección de los flujos de comunicación. Las decisiones vinculantes, si quieren imponerse con autoridad, han de encauzarse por los estrechos canales del ámbito nuclear: «Sin embargo, la legitimidad de las decisiones depende de los procesos de formación de la opinión y la voluntad en la periferia. El centro es un sistema de esclusas que han de pasar muchos de los procesos que se desarrollan en el ámbito del sistema político-jurídico, pero el centro sólo controla en grado limitado la dirección y dinámica de esos procesos. Los cambios pueden provenir tanto de la periferia como del centro... La idea de democracia descansa en última instancia en que los procesos de formación de la voluntad política, que en el esquema aquí bosquejado tienen un *status* periférico o intermediario, deben resultar determinantes para la evolución política. Y esto es algo que no queda predecidido por el presente esquema»[46]. Si uno se sirve de esta traducción sociológica de la

44. H. J. Merry, «Five Branch Government»: *Urbana*, III (1980), p. 25; sobre «los grupos de interés público» trató ya E. E. Schattschneider, *The Semisouvereign People*, New York, 1960, pp. 22 ss.

45. Naturalmente, no puede decirse lo mismo de los procedimientos democráticos que, por ejemplo, imponen a las administraciones deberes de publicidad y fundamentación, otorgan a los clientes de las administraciones públicas el derecho a ser escuchados o a intervenir en las decisiones y no merman el primado de la ley.

46. B. Peters, *Die Integration moderner Gesellschaften*, pp. 340 s.

lectura que hemos efectuado de la democracia en términos de teoría del discurso, las decisiones vinculantes, para ser legítimas, tienen que venir controladas o regidas por flujos de comunicación que partan de la periferia y pasen las esclusas de los procedimientos democráticos y de los procedimientos propios del Estado de derecho en la entrada de éste que representan el complejo parlamentario o los tribunales (y, en su caso, también en la salida que representa la Administración encargada de implementar esas decisiones). Sólo entonces puede excluirse que el poder del complejo administrativo, por un lado, o, por otro, el poder social de las estructuras intermedias que influyen sobre el ámbito nuclear, se autonomicen frente al poder comunicativo que se forma en el complejo parlamentario.

Esta condición es, sin embargo, demasiado fuerte como para poder ser cumplida por el funcionamiento normal, o al menos por el funcionamiento que se ha vuelto habitual, en las democracias occidentales. En esa contracirculación que se cruza y enreda con la circulación «oficial» del poder, en modo alguno se trasluce *solamente* el desmentido que una facticidad social cínica inflige a esa circulación «oficial». Pues muchas de esas comunicaciones circulares y que fluyen en dirección opuesta sirven a descargar a la circulación oficial de su inevitable complejidad por vía de una inofensiva desmenuzación de los problemas y de su reducción a un formato más pequeño. La mayor parte de las operaciones en el ámbito nuclear del sistema político discurre conforme a rutinas. Los tribunales dictan sentencias, las burocracias preparan leyes y tramitan expedientes, los parlamentos aprueban leyes y presupuestos, las centrales de los partidos preparan y dirigen campañas electorales, los clientes influyen sobre «sus» administraciones, y todos estos procesos discurren conforme a patrones establecidos. Desde puntos de vista normativos lo decisivo es solamente qué constelaciones de poder quedan reflejadas en estos patrones, y conforme a qué modo se las puede *cambiar*. De ello depende a su vez el que tales rutinas, a las que se está habituado como a lo corriente y normal, permanezcan o no abiertas para impulsos renovadores procedentes de la periferia. Pues en los casos de conflicto, a la gestión conforme a estas convenciones habituales se le superpone un modo *distinto* de operar.

Éste viene caracterizado por la conciencia de crisis, por un aumento de la atención pública, por una búsqueda intensificada de soluciones, en una palabra, por una *problematización*. En tales casos de mudanza conflictiva en la percepción de los problemas y en las constelaciones de problemas el arco de la atención se expande generándose controversias a todo lo largo y ancho del espacio de la opinión pública concernientes sobre todo a los aspectos normativos de los problemas que quedan en el foco de la atención. La presión de las opiniones públicas obliga entonces a un modo extraordinario de

elaboración de los problemas que redunda en beneficio de la regulación de la circulación del poder efectuada en términos de Estado de derecho, es decir, actualiza sensibilidades para *responsabilidades políticas* reguladas por el derecho constitucional. Ciertamente, también durante el curso normal de las cosas, los parlamentos y tribunales tratan de limitar normativamente el ámbito de decisión de una Administración que actúa predominantemente orientándose a la consecución de determinados propósitos. Pero el esquema que el Estado de derecho define en lo que respecta a la distribución de posibilidades de acceso a razones normativas, cobra en los casos de conflicto un perfil más neto. Sólo entonces pueden los parlamentos y tribunales, a los que *formalmente está reservado* el trato constructivo o reconstructivo con razones normativas, *determinar* también *fácticamente* la dirección en que circula la comunicación. En casos de conflicto agudizados de tal suerte es el legislador político quien tiene la última palabra. Sin embargo, muchas evidencias hablan en favor de que el complejo parlamentario carece en la mayoría de los casos de fuerza para convertir él solo o por propia iniciativa «casos en casos de conflicto». Tanto la sensibilidad para los problemas latentes que, o no son aprehendidos, o sólo lo son muy insuficientemente, por las rutinas a que se está habituado, como también la iniciativa para lograr con éxito una exposición suficientemente dramática de los problemas de nuevo tipo que nos acometen, están muy débilmente acuñados en las instituciones que trabajan y han de tomar decisiones bajo la coerción que ejerce el tiempo.

Ahora bien, la distinción entre el modo normal y el modo extraordinario de elaborar problemas, sólo podrá utilizarse para una traducción sociológica y una interpretación realista del concepto discursivo de democracia si introducimos dos supuestos más. La autonomización ilegítima del poder administrativo y del poder social frente al poder comunicativo generado democráticamente sólo se impedirá en la medida en que la periferia sea (*a*) capaz de, y (*b*) se le presenten a menudo ocasiones para, rastrear y husmear los problemas latentes (y sólo políticamente elaborables) de integración de la sociedad, de identificarlos y de tematizarlos eficazmente, y a través de las esclusas del complejo parlamentario (o de los tribunales), introducirlos de tal suerte en el sistema político, que se vea *perturbado* el modo rutinario de trabajar de éste. Menos problemática es la suposición (*b*). Como hemos visto, en el curso de la progresiva diferenciación funcional se afloja el nexo entre los distintos ámbitos parciales decentrados, que se vuelven autónomos; y así, crece la necesidad de integración que da carácter endémico a las crisis y hace menester procesos de aprendizaje acelerados. Sí es problemática la suposición (*a*). Pues con ella una buena parte de las expectativas normativas que la política deliberativa lleva anejas, caen del lado de

las estructuras periféricas de formación de la opinión. Las expectativas se enderezan a la capacidad de esa «formación de la opinión» para percibir problemas de la sociedad, para interpretarlos y para ponerlos en escena de una forma que atraiga la atención y que a la vez resulte innovadora. Estas fuertes expectativas sólo podrá cumplirlas la periferia en la medida en que las redes de comunicación pública no institucionalizada posibiliten procesos más o menos *espontáneos* de formación de la opinión. Espacios públicos de este tipo, es decir, autónomos y capaces de resonancia, dependen a su vez de un anclaje social de esos espacios en asociaciones de la sociedad civil y de una inserción en patrones liberales de cultura y socialización políticas, en una palabra, de la facilitación y promoción de que puedan ser objeto por parte de un mundo de la vida racionalizado. El desarrollo de tales estructuras del mundo de la vida puede, ciertamente, estimularse, pero escapa en buena medida a la regulación jurídica, a la intervención administrativa o a la regulación política. El *sentido* es un recurso escaso que no puede regenerarse o aumentarse a voluntad, y el *sentido* lo entiendo como el grado límite o magnitud límite de la espontaneidad social. Y también ésta, como todas las magnitudes empíricas, es algo condicionado. Pero las condiciones radican en los contextos del mundo de la vida que limitan *desde dentro* la capacidad que los miembros asociados de una comunidad jurídica tienen de regular ellos mismos su convivencia. Lo que en última instancia hace posible el modo de socialización discursiva de una comunidad jurídica, no está simplemente a disposición de la voluntad de sus miembros.

III

Hasta ahora hemos hablado en términos generales del espacio público-político como una estructura de comunicación que a través de la base que para ella representa la sociedad civil queda enraizada en el mundo de la vida. El espacio público-político lo hemos descrito como caja de resonancia para problemas que han de ser elaborados por el sistema político porque no pueden ser resueltos en otra parte. En esta medida el espacio público-político es un sistema de avisos con sensores no especializados, pero que despliegan su capacidad perceptiva a lo largo y ancho de toda la sociedad. Desde el punto de vista de la teoría de la democracia el espacio público-político tiene que reforzar además la presión ejercida por los problemas, es decir, no solamente percibir e identificar los problemas, sino también tematizarlos de forma convincente y de modo *influyente*, proveerlos de contribuciones, comentarios e interpretaciones, y dramatizarlos de suerte que puedan ser asumidos y elaborados por el complejo

parlamentario. Es decir, a cada función de señal del espacio público-político ha de sumarse también una capacidad de problematización eficaz. Y esta limitada capacidad para una elaboración propia de los problemas ha de estirarse y utilizarse además para un control del ulterior tratamiento del problema dentro del sistema político. Aquí sólo podré hacer una estimación en términos globales de la medida en que todo ello es posible. En primer lugar clarificaré los contravertidos conceptos de (1) esfera o espacio de la opinión pública y (2) sociedad civil, para bosquejar a continuación (3) algunas barreras y estructuras de poder dentro de la esfera o espacio de la opinión pública que, sin embargo, (4) en situaciones críticas pueden ser superadas por un movimiento en escalada. Finalmente (5) resumo los elementos que el sistema jurídico tiene que tener en cuenta en la imagen que se hace de una sociedad compleja.

(1) La esfera o espacio de la opinión pública es, ciertamente, un fenómeno social tan elemental como la acción, el actor, el grupo o el colectivo; pero escapa a los conceptos tradicionales de orden social. La esfera o espacio de la opinión pública no puede entenderse como institución y, ciertamente, tampoco como organización; no es un entramado de normas con diferenciación de competencias y de roles, con regulación de las condiciones de pertenencia, etc.; tampoco representa un sistema; permite, ciertamente, trazados internos de límites, pero se caracteriza por horizontes abiertos, porosos y desplazables hacia el exterior. El espacio de la opinión pública, como mejor puede describirse es como una red para la comunicación de contenidos y tomas de postura, es decir, de *opiniones*, y en él los flujos de comunicación quedan filtrados y sintetizados de tal suerte que se condensan en opiniones públicas agavilladas en torno a temas específicos. Al igual que el mundo de la vida en su totalidad, también el espacio de la opinión pública se reproduce a través de la acción comunicativa, para la que basta con dominar un lenguaje natural; y se ajusta a la *inteligibilidad general* de la práctica comunicativa cotidiana. Al mundo de la vida hemos empezado acercándonos en su calidad de depósito de interacciones simples; con éstas quedan también retroalimentativamente conectados los sistemas especiales de acción y de saber que se diferencian dentro del mundo de la vida. Éstos parten, o bien de funciones generales de la reproducción del mundo de la vida (como sucede con la religión, la escuela, la familia), o bien (como sucede con la ciencia, la moral y el arte) de diversos aspectos de validez del saber circulante en la comunicación lingüística cotidiana. Pero el espacio de la opinión pública no se especializa ni en uno ni en otro aspecto; en la medida en que se extiende a cuestiones políticamente relevantes, deja la elaboración especializada de ellas al sistema político. El espacio de la opinión pública se distingue, más

bien, por una estructura de comunicación que se refiere a un tercer aspecto de la acción orientada al entendimiento: no a las funciones, ni tampoco a los *contenidos* de la comunicación, sino al *espacio social** generado en la acción comunicativa.

A diferencia de los actores orientados a conseguir su propio éxito, los cuales se observan mutuamente como algo ahí delante en el mundo objetivo, los actores que actúan comunicativamente se topan o salen al encuentro en una situación que ellos a la vez constituyen con sus interpretaciones cooperativamente negociadas de ella. El espacio intersubjetivamente compartido de una situación de habla se abre con las relaciones interpersonales que los participantes entablan al tomar mutuamente postura frente a las ofertas que representan los actos de habla y al asumir obligaciones ilocucionarias. Todo encuentro que no se agota en contactos restringidos a la observación recíproca, sino que se nutre de la mutua atribución y suposición de libertad comunicativa, se mueve en un espacio público constituido lingüísticamente. Este espacio está abierto en principio a posibles participantes en el diálogo que, o bien están ya presentes, o bien pueden sumarse. Pues son menester providencias especiales para cerrar tal espacio lingüísticamente constituido contra el acceso de terceros. Esta estructura espacial de encuentros simples y episódicos, fundada en la acción comunicativa, puede generalizarse y recibir continuidad en forma abstracta para un público más grande de sujetos presentes. Para la infraestructura pública de tales *asambleas*, actos, exhibiciones, etc., ofrécense las metáforas arquitectónicas del espacio construido en derredor: hablamos de foros, escenas, ruedos, etc. Estos espacios públicos permanecen todavía ligados a los escenarios y teatros concretos de un público presente. Pero cuanto más se desligan esos espacios públicos de la presencia física de éste y se extienden a la presencia virtual (con los medios de comunicación de masas como intermediarios) de lectores, oyentes y espectadores diseminados, tanto más clara se vuelve la abstracción que el espacio de la opinión pública comporta, pues no consiste sino en una generalización de la estructura espacial de las interacciones simples.

Las estructuras de comunicación así generalizadas se restringen a contenidos y tomas de postura que quedan desconectados de los densos contextos de las interacciones simples, de personas determinadas y de obligaciones relevantes en lo tocante a tomas de decisiones. La generalización del contexto, la «inclusión» y el creciente ano-

* Es la insistencia del autor en esta metáfora espacial la que me lleva a mantener para el término alemán *Öffentlichkeit* la traducción de «espacio público» o «espacio de la opinión pública», en lugar de «esfera pública»; en esta última traducción, que se ha impuesto por influencia americana (creo que la traducción *Öffentlichkeit* por *public sphere* proviene de H. Arendt o de su círculo), parece quererse abstraer expresamente de metáforas espaciales (*Nota del traductor*).

nimato, exigen, por otro lado, un grado mayor de explicitación, a la vez que de renuncia al lenguaje de los expertos y a códigos especiales. Mientras que esta *orientación hacia los legos* significa una cierta desdiferenciación, la desconexión de las opiniones comunicadas respecto de obligaciones concretas de acción, opera en la dirección de una *intelectualización*. Ciertamente, los procesos de formación de opinión, sobre todo cuando se trata de cuestiones fácticas, no pueden separarse de los procesos de cambio de preferencias y actitudes de los implicados, pero sí de la conversión de estas disposiciones en acciones. En este aspecto, las estructuras de comunicación de la esfera de la opinión pública descargan al público de la necesidad de tomar *decisiones*; estas decisiones aplazadas quedan reservadas a las instituciones encargadas de tomarlas. En el espacio de la opinión pública las manifestaciones quedan clasificadas conforme a temas y según representen tomas de postura de afirmación o negación; las informaciones y razones son objeto de elaboración y se convierten en opiniones focalizadas. Lo que convierte a esas opiniones así agavilladas en *opinión pública*, es la forma como se producen y el amplio asentimiento por el que vienen «sustentadas». Una opinión pública no es, digamos, representativa, en el sentido estadístico del término. No es un agregado de opiniones individuales que se hayan manifestado privadamente o sobre las que se haya encuestado privadamente a los individuos; en este aspecto no debe confundirse con los resultados de los sondeos de opinión. Las encuestas de opinión política sólo proporcionan un cierto reflejo o imagen de la «opinión pública» cuando a la encuesta ha precedido ya en un espacio público movilizado la formación de una opinión específicamente ligada a un tema.

En los procesos públicos de comunicación no se trata sólo, y ni siquiera en primera línea, de la difusión de contenidos y tomas de postura mediante medios efectivos de transmisión. Sin duda, es la amplia circulación de mensajes inteligibles, estimuladores de la atención, la que empieza asegurando una suficiente «inclusión» de los implicados. Pero para la estructuración de una opinión pública son de mayor importancia las reglas de una práctica de comunicación pública mantenida y seguida *en común*. El asentimiento a temas y contribuciones sólo se forma como resultado de una controversia más o menos exhaustiva en la que las propuestas, las informaciones y las razones puedan elaborarse de forma más o menos racional. Con este «más o menos» de elaboración «racional» de propuestas, informaciones y razones «exhaustivas» varían en general el *nivel discursivo* de la formación de la opinión y la «calidad» del resultado obtenido. De ahí que el logro de la comunicación pública tampoco se mida *per se* por la «producción de generalidad», sino por criterios formales concernientes a la producción de una opinión pública cualificada[47]. Las estructuras de una opinión pública hipotecada por relaciones de poder excluyen las discusiones fecundas y clarificadoras. La «calidad» de una opinión pública, en cuanto medible por las propiedades procedimentales de su proceso de producción, es una magnitud empírica. Considerada normativamente, funda o establece una medida de la legitimidad de la influencia que las opiniones públicas ejercen sobre el sistema político. Ciertamente, el influjo fáctico y el influjo legítimo están tan lejos de coincidir como la fe en la legitimidad y la legitimidad. Pero con esta conceptuación se abre de todos modos una perspectiva desde la que puede investigarse empíricamente la relación entre la influencia efectiva y la calidad de las opiniones públicas, calidad que tiene su base en aspectos procedimentales.

La «influencia» la introdujo Parsons como una forma simbólicamente generalizada de comunicación, que gobierna las interacciones en virtud de la convicción razonada o de la pura sugestión retórica[48]. Por ejemplo, las personas o instituciones pueden disponer de un prestigio que les permite ejercer con sus manifestaciones influencia sobre las convicciones de otros, sin necesidad de demostrar en detalle sus competencias o sin necesidad de dar explicaciones. La «influencia» se nutre del recurso que es el entendimiento, pero se basa en una especie de anticipo, es decir, en la confianza que se pone en posibilidades de convicción actualmente no comprobadas. En este sentido las opiniones públicas representan un potencial político de influencia que puede utilizarse para ejercer influencia sobre el comportamiento electoral de los ciudadanos o sobre la formación de la voluntad en los organismos parlamentarios, en los gobiernos y en los tribunales. Ahora bien, el *influjo* político de tipo publicístico, es decir, apoyado por convicciones de tipo público, sólo se transforma en *poder* político, es decir, en un potencial para tomar decisiones vinculantes, cuando opera sobre las convicciones de los miembros *autorizados* del sistema político y determina el comportamiento de electores, parlamentarios, funcionarios, etc. El influjo publicístico-político, al igual que el poder social, sólo puede transformarse en poder político a través de procedimientos institucionalizados.

En el espacio de la opinión pública se forma influencia y en él se lucha por ejercer influencia. En esa lucha no sólo entra en juego el influjo político ya adquirido y acumulado (por acreditados ocupan-

47. Así J. Gerhards y F. Neidhardt, *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*, Wissenschaftszentrum, Berlin, 1990, p. 19.

48. T. Parsons, «On the Concept of Influence», en Id., *Sociological Theory and Modern Society*, New York, 1967, pp. 355-382. Sobre la relación entre «influencia» y «compromiso valorativo» y sobre el deslinde de estas formas generalizadas de comunicación respecto a medios de regulación o control como son el dinero y el poder administrativo, cf. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa* II, Madrid, 1987, pp. 366 ss.

tes de cargos públicos, por partidos políticos establecidos, o por grupos conocidos, como *Greenpeace*, *Amnistía Internacional*, etc.) sino también el prestigio de grupos de personas y también de expertos que han adquirido su influencia en espacios públicos más especializados (por ejemplo, la autoridad de eclesiásticos, la fama de literatos y artistas, la reputación de científicos, el renombre y relumbre de estrellas del deporte y del mundo del espectáculo, etc.). Pues en cuanto el espacio público se ha extendido más allá del espacio de las interacciones simples, se produce una diferenciación entre organizadores, oradores y oyentes, entre arena y galería, entre escenario y espacio de espectadores. Los *papeles de actor*, que, con la complejidad organizativa y el alcance de los medios de comunicación, crecientemente se profesionalizan y multiplican, vienen dotados de oportunidades diferenciales de ejercer influencia. Pero el influjo político que los actores cobran a través de la comunicación pública ha de apoyarse en *última instancia* en la resonancia y, por cierto, en el asentimiento, de un público de legos igualitariamente compuesto. El público de los ciudadanos ha de ser convencido por contribuciones e intervenciones inteligibles que tengan interés para todos a propósito de temas que se perciban como relevantes. El público posee esta autoridad porque es constitutiva de la estructura interna del espacio de la opinión pública, en el que los actores pueden presentarse.

Sin embargo, a los actores, que por así decir, surgen del público y participan en la reproducción de ese espacio público mismo, hemos de distinguirlos de los actores que ocupan un espacio público ya constituido, con el fin de servirse de él. Esto vale, por ejemplo, para los grandes grupos de intereses, bien organizados, anclados en los sistemas funcionales de la sociedad, que a través del espacio público-político ejercen influencia sobre el sistema político. Sin embargo, esos grupos no pueden hacer en el espacio de la opinión pública un uso manifiesto de los potenciales de sanción en los que se apoyan en las negociaciones públicamente reguladas o en los intentos de presión no públicos. Sólo pueden capitalizar su poder social transformándolo en poder político en la medida en que —como, por ejemplo, las partes intervinientes en la negociación de convenios colectivos, a la hora de informar a la opinión pública sobre las exigencias planteadas, las estrategias y los resultados de la negociación— hacen propaganda en favor de sus intereses en un lenguaje capaz de movilizar *convicciones*. Las contribuciones o intervenciones de los grupos de interés están expuestas en todo caso a un tipo de crítica al que no se exponen las contribuciones de otra proveniencia. Las opiniones públicas que no pueden ser lanzadas sino gracias a un empleo no declarado de dinero o de poder organizativo, pierden su credibilidad en cuanto se hacen públicas estas fuentes de poder social. Las opiniones públicas pueden manipularse, pero ni pueden comprarse públi-

camente, ni tampoco arrancárselas al público mediante un evidente ejercicio de presión pública. Esta circunstancia se explica porque un espacio de opinión pública no puede «fabricarse» a voluntad. Antes de que pueda ser tomado por actores que actúen estratégicamente, ese espacio de opinión pública, junto con su público, tiene que haberse formado como una estructura autónoma y reproducirse *a través de sí mismo*. Esta ley o regla conforme a la que se forma una opinión pública capaz de funcionar, permanece latente para el espacio público así constituido, y sólo entra otra vez en juego en los instantes de movilización de ese espacio público.

El espacio público político sólo puede, empero, cumplir su función de percibir problemas concernientes a la sociedad global y de tematizarlos, en la medida en que esté compuesto de los contextos de comunicación de los *potencialmente afectados*. Es sustentado por un público que se recluta de la totalidad de los ciudadanos. En la pluralidad de voces de ese público resuena el eco de experiencias biográficas que a lo largo y ancho de la sociedad vienen causadas por los costes externalizados (y las perturbaciones internas) de los sistemas de acción funcionalmente especificados, también por el aparato estatal mismo de cuyas operaciones de regulación y control sistémicos dependen los complicados y deficientemente coordinados subsistemas funcionales de la sociedad. Las hipotecas de este tipo se acumulan en el mundo de la vida. Éste dispone de las antenas adecuadas, pues en su horizonte se entrelazan las biografías privadas de los «clientes» de esos subsistemas funcionales que en cada caso hayan podido fracasar en sus operaciones. Sólo para los afectados merecen la pena los rendimientos, aportaciones y operaciones de éstos, pero en la moneda que representan los «valores de uso». Aparte de la religión, el arte y la literatura, sólo los ámbitos de la vida «privada» disponen de un lenguaje existencial en el que poder hacer un *balance biográfico* de los problemas generados socialmente. Los problemas que se expresan en el espacio de la opinión pública política, como reflejo que son de una presión social generadora de sufrimiento, sólo resultan visibles en los reflejos que a su vez tienen en las experiencias de la vida personal. Y en la medida en que éstas encuentran en el lenguaje de la religión, el arte y la literatura su expresión más incisiva, el espacio público «literario» en sentido lato, especializado en la articulación (lingüística) y en la apertura lingüística de mundo, se entrelaza con el espacio público-político[49].

Entre los *ciudadanos* como portadores del espacio público-político y los *miembros de la sociedad* se da una unión personal, porque

49. Sobre esta función de las iglesias y de las comunidades religiosas, cf. E. Schüssler-Fiorenza, «Die Kirche als Interpretationsgemeinschaft», en E. Ahrens (ed.), *Habermas und die Theologie*, Düsseldorf, 1989, pp. 115-144.

estos últimos, en los papeles complementarios que son el de trabajador y consumidor, el de asegurado y el de paciente, el de contribuyente y el de cliente de las burocracias estatales, el de alumno, el de turista, el de participante en el tráfico automovilístico, etc., están expuestos de forma especial a las exigencias y fallos específicos de los correspondientes sistemas funcionales. Tales experiencias empiezan siendo elaboradas privadamente, es decir, interpretadas en el horizonte de una biografía que queda tejida con las demás biografías en los contextos de mundos de la vida comunes. Los canales de comunicación del espacio de la opinión pública están conectados con los ámbitos de la vida privada, con las densas redes de comunicación en la familia y en el grupo de amigos, así como con los contactos no tan estrechos con los vecinos, los colegas de trabajo, los conocidos, etc., y ello de suerte que las estructuras espaciales de las interacciones simples se amplían y abstraen, pero no quedan destruidas. Así, la orientación al entendimiento intersubjetivo, predominante en la práctica comunicativa cotidiana, se mantiene también para una *comunicación entre extraños*, que se efectúa a grandes distancias en espacios de opinión pública complejamente ramificados. El umbral entre la esfera de la vida privada y el espacio de la opinión pública no viene marcado por un conjunto fijo de temas y de relaciones, sino por un *cambio en las condiciones de comunicación*. Éstas varían, ciertamente, el modo de acceso a las redes de comunicación, aseguran la intimidad de una esfera y la publicidad de la otra, pero no echan un cerrojo sobre la esfera de la vida privada para encapsularla frente a la esfera de la opinión pública, sino que se limitan a canalizar el flujo de temas de una esfera a la otra. Pues el espacio de la opinión pública toma sus impulsos de la elaboración privada de problemas sociales que tienen resonancia en la vida individual. Síntoma de esta estrecha conexión es, por lo demás, el que en las sociedades europeas de los siglos XVII y XVIII se formara un moderno espacio público burgués como «esfera de las personas privadas que se reúnen formando público». Consideradas las cosas históricamente, la conexión entre el espacio de la opinión pública y la esfera de la vida privada se manifiesta en la trama asociativa y en las formas de organización de un público lector, compuesto por burgueses y por personas privadas en general que cristaliza en torno a periódicos y revistas[50].

(2) En constelaciones y condiciones históricas completamente distintas, esa esfera que es la sociedad civil ha sido hoy de nuevo

50. J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública* (1962), Barcelona, 1981, pp. 92 ss.; cf. la introducción de C. Calhoun al volumen colectivo editado por él: *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, Mass., 1992, pp. 1-50; también: D. Goodman, «Public Sphere and Private Life: Toward a Synthesis of Current Historical Approaches to the Old Regime»: *History and Theory* 31 (1992), pp. 1-20.

descubierta. Ahora bien, la expresión *civil society* (sociedad civil) lleva ahora asociado un significado distinto que aquella *bürgerliche Gesellschaft* (sociedad civil) de la tradición liberal que Hegel había llevado finalmente a concepto como «sistema de las necesidades», es decir, como un sistema de trabajo social y de tráfico de mercancías, organizado en términos de economía de mercado. Pues lo que hoy recibe el nombre de «sociedad civil», a diferencia de lo que todavía sucede en Marx y en el marxismo, ya no incluye la economía regida a través de mercados de trabajo, de capital y de bienes, constituida en términos de derecho privado. Antes su núcleo institucional lo constituye esa trama asociativa no-estatal y no-económica, de base voluntaria, que ancla las estructuras comunicativas del espacio de la opinión pública en la componente del mundo de la vida, que (junto con la *cultura* y con la *personalidad*) es la *sociedad*. La sociedad civil se compone de esas asociaciones, organizaciones y movimientos surgidos de forma más o menos espontánea que recogen la resonancia que las constelaciones de problemas de la sociedad encuentran en los ámbitos de la vida privada, la condensan y elevándole, por así decir, el volumen o voz, la transmiten al espacio de la opinión pública-política. El núcleo de la sociedad civil lo constituye una trama asociativa que institucionaliza los discursos solucionadores de problemas, concernientes a cuestiones de interés general, en el marco de espacios públicos más o menos organizados[51]. Éstos *discursive designs* reflejan en sus formas de organización igualitarias y abiertas rasgos esenciales del tipo de comunicación en torno al que cristalizan, y al que prestan continuidad y duración[52].

Tal base asociativa no constituye, ciertamente, el elemento más llamativo de un espacio de la opinión pública que viene dominado por los medios de comunicación de masas y por las grandes agencias, que es sometido a observación por las instituciones especializadas en estudios de mercado y en estudios de opinión y que queda invadido por el trabajo publicitario, la propaganda y la labor de captación de los partidos políticos y de las asociaciones. Pero en todo caso constituye el sustrato organizativo de ese público general de ciudadanos que surge, por así decir, de la esfera privada y que busca interpretaciones públicas para sus intereses sociales y para sus experiencias, ejerciendo así influencia sobre la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad políticas.

Pero aparte de estas caracterizaciones descriptivas de la sociedad civil, apenas si cabe encontrar en la bibliografía sobre el tema defini-

51. Cf. T. Smith, *The Role of Ethics in Social Theory*, Albany, New York, 1991, pp. 153-174.

52. Sobre el concepto de *discursive design*, cf. J. S. Dryzek, *Discursive Democracy*, Cambridge, 1990, pp. 43 ss.

ciones claras[53]. S. N. Eisenstadt permite reconocer todavía en el vocabulario que introduce una cierta continuidad con la vieja teoría del pluralismo cuando define la sociedad civil en los siguientes términos: «La sociedad civil comprende una multiplicidad de espacios públicos, distintos del Estado, ostensiblemente "privados", aunque potencialmente autónomos. Las actividades de tales actores vienen reguladas por las distintas asociaciones existentes dentro de ellos, que impide que la sociedad degenere convirtiéndose en una masa informe. En una sociedad civil, esos sectores no están insertos en conjuntos cerrados, de tipo adscriptivo o corporativo; sino que tienen límites abiertos y se solapan unos con otros. Cada uno de ellos tiene acceso directo al espacio público político central, y un cierto grado de compromiso con el conjunto o marco en que se encuentra»[54]. J. Cohen y A. Arato, que han realizado el estudio más comprehensivo sobre este tema, dan un catálogo de notas que caracterizan a esa sociedad civil deslindada del Estado, la economía, y otros subsistemas funcionales sociales, pero retroalimentativamente conectada con los ámbitos privados básicos del mundo de la vida: «*Pluralidad*: familias, grupos informales y asociaciones voluntarias cuya pluralidad y autonomía permiten una variedad de formas de vida; *publicidad*: instituciones culturales y de comunicación; *privacidad*: un ámbito de autodesarrollo individual y de elección moral individual; y *legalidad*: estructuras de leyes generales y derechos básicos necesarios para deslindar esa pluralidad, privacidad y publicidad, por lo menos respecto del Estado y, tendencialmente, también respecto de la economía. Todas juntas, estas estructuras aseguran la existencia institucional de una sociedad civil moderna y diferenciada»[55].

La *articulación de esa esfera en términos de derechos fundamentales* nos suministra una primera aclaración acerca de su estructura social. La libertad de asociación y el derecho a fundar asociaciones y sociedades definen, junto con la libertad de opinión, un espacio para asociaciones libres que intervienen en el proceso de formación de la opinión pública, tratan de temas de interés general y representando vicariamente a grupos (o a asuntos e intereses) subrepresentados o difícilmente organizables, que persiguen fines culturales, religiosos o humanitarios, que forman sociedades confesionales, etc. La libertad de prensa, de radio y de televisión, así como el derecho a

53. J. Keane, *Democracy and Civil Society*, London, 1988; sobre Gramsci, a quien se debe la introducción de este concepto en la discusión reciente, cf. N. Bobbio, «Gramsci and the Concept of Civil Society», en J. Keane (ed.), *Civil Society and the State*, London, 1988, pp. 73-100.

54. S. N. Eisenstadt (ed.), *Democracy and Modernity*, Leiden, 1992, p. IX; cf. también L. Roniger, «Conditions for the Consolidation of Democracy in Southern Europe and Latin America», *ibid.*, pp. 53-68.

55. J. L. Cohen y A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, Mass., 1992, p. 346.

desarrollar una actividad publicística libre, aseguran la infraestructura de medios de comunicación que la comunicación pública necesita, habiendo de protegerse la apertura para opiniones que compitan unas con otras y para una diversidad de opiniones que resulte representativa. El sistema político, que no tiene más remedio que permanecer sensible a estas influencias publicísticas, queda entrelazado (a través de la actividad de los partidos y del derecho a voto de los ciudadanos) con la esfera de la opinión pública y con la sociedad civil. Este entrelazamiento o conexión queda garantizado por el derecho de los partidos a ejercer su influencia sobre el proceso de formación de la voluntad política de la población, así como por los derechos electorales activos y pasivos (y otros derechos de participación) de los ciudadanos. Finalmente, la trama asociativa sólo puede conservar su autonomía y su espontaneidad en la medida en que pueda apoyarse en un sólido pluralismo de formas de vida, de subculturas y de orientaciones en lo concerniente a creencias. A la integridad de los ámbitos de la vida privada sirve la protección de los derechos fundamentales que articulan la esfera de la «privacidad»; derechos personales, libertad religiosa y de conciencia, libertad de movimiento, secreto epistolar, postal y telefónico, la inviolabilidad del domicilio, así como la protección de la familia, circunscriben una zona intangible de integridad personal y de formación autónoma de la conciencia moral y del juicio.

La estrecha conexión entre la autonomía de la sociedad civil y la integridad de la esfera de la vida privada muéstrase con toda claridad al contraluz que representan las sociedades totalitarias del socialismo de Estado. Aquí, un Estado panóptico no sólo controla directamente un espacio de la opinión pública desecado en términos burocráticos, sino que también entierra las bases que esa esfera de la opinión pública tiene en el ámbito de la vida privada. Las intervenciones administrativas y la supervisión constante desintegran la estructura comunicativa del trato cotidiano en la familia y en la escuela, en el municipio y en el vecindario. La destrucción de los modos de vida solidarios y el entumecimiento y paralización de la iniciativa y la actividad autónomas en ámbitos que quedan inundados por una superregulación a la vez que caracterizados por su inseguridad jurídica, se dan la mano con la destrucción de grupos sociales, de asociaciones y de redes de comunicación, con la imposición doctrinaria (y con la disolución) de identidades sociales, con la estrangulación de la comunicación pública espontánea. La racionalidad comunicativa queda así destruida en las relaciones públicas de entendimiento intersubjetivo *a la vez* que en las privadas[56].

56. E. Hankiss, «The Loss of Responsibility», en J. MacLean, A. Montefiori, P. Winch (eds.), *The Political Responsibility of Intellectuals*, Cambridge, 1990, pp. 29-52.

Cuanto más se entumece en los ámbitos de la vida privada la fuerza socializadora de la acción comunicativa y se extinguen las chispas de la libertad comunicativa, tanto más fácilmente se prestan los actores, así aislados y alienados unos de otros, a no comportarse más que como masa en ese hipotecado espacio de la opinión pública, a someterse a la supervisión del Estado, y a dejarse poner en movimiento en términos plebiscitarios[57].

Ciertamente, las garantías que representan los derechos fundamentales no bastan para evitar las deformaciones del espacio de la opinión pública y de la sociedad civil. Antes es la propia sociedad civil la que ha de mantener intactas las estructuras comunicativas del espacio de la opinión pública. El que el espacio de la opinión pública-política en cierto modo tiene que estabilizarse a sí mismo, muéstrase en la curiosa *autorreferencialidad de la práctica de la comunicación en la sociedad civil*. Los textos de aquellos que con sus manifestaciones en el espacio de la opinión pública reproducen simultáneamente las estructuras de ese espacio, delatan un subtexto que es siempre el mismo y que hace referencia a la función crítica del espacio de la opinión pública en general. El sentido performativo de los discursos públicos mantiene presente, aquende los contenidos manifiestos, la función de una esfera de la opinión pública-política no distorsionada como tal. Las instituciones y garantías jurídicas de la formación libre de la opinión descansan sobre el vacilante suelo de la comunicación política de aquellos que, al hacer uso de ellas, las interpretan, las defienden, a la vez que las radicalizan en su contenido normativo. Los actores que saben que, durante sus disputas de opinión, durante sus pugnas por ejercer influencia, están implicados y enredados en la empresa *común* de reconstitución y mantenimiento de las estructuras del espacio de la opinión pública, se distinguen de los actores que se limitan a hacer uso de los foros existentes, por una *doble orientación* de su política, doble orientación que resulta característica: con su programas están ejerciendo influencia (y ésta es su intención directa) sobre el sistema político, pero a la vez, reflexivamente, también se trata para ellos de la estabilización y ampliación de la sociedad civil y del espacio de la opinión pública y de cerciorarse de su propia identidad y capacidad de acción.

Este tipo de *dual politics* lo observan Cohen y Arato sobre todo en los «nuevos» movimientos sociales que persiguen simultáneamente fines ofensivos y defensivos. «Ofensivamente» esos movimientos tratan de poner sobre la mesa temas cuya relevancia afecta a la sociedad global, de definir problemas y de hacer contribuciones a la solución de esos problemas, de suministrar nuevas informaciones, de interpretar de otro modo los valores, de movilizar buenas razones, de denunciar las malas, con el fin de provocar una revulsión en los estados de ánimo y en la manera de ver las cosas, que cale en una amplia mayoría, que introduzca cambios en los parámetros de la formación de la voluntad política organizada y ejerza presión sobre los parlamentos, los tribunales y los gobiernos en favor de determinadas políticas. «Defensivamente» tratan de mantener las estructuras asociativas existentes y las estructuras del espacio de opinión pública existente, de generar contra-espacios públicos de tipo subcultural y contra-instituciones de tipo subcultural, de fijar nuevas identidades colectivas y de conquistar nuevos terrenos en forma de una ampliación de los derechos y de una reforma de las instituciones: «Conforme a esta explicación el efecto "defensivo" de los movimientos implica la preservación *y el desarrollo* de la infraestructura comunicativa del mundo de la vida. Esta formulación recoge los aspectos duales discutidos por Touraine, así como la idea de Habermas de que los movimientos sociales pueden ser los portadores de los potenciales de la modernidad cultural. Esto es condición *sine qua non* para que tengan buen suceso los esfuerzos por redefinir las identidades, reinterpretar las normas y desarrollar formas asociativas, igualitarias y democráticas. Los modos expresivos, normativos y comunicativos de acción colectiva... implican, pues, esfuerzos por asegurar cambios institucionales dentro de la sociedad civil que se correspondan con los nuevos sentidos, identidades y normas que se han creado»[58]. En el modo de reproducción autorreferencial del espacio de la opinión pública y en esa política de doble haz, enderezada tanto hacia el sistema político como hacia la autoestabilización del espacio de la opinión pública y de la sociedad civil, viene inserto un espacio para la ampliación y la radicalización dinámicas de los derechos existentes: «La combinación de asociaciones, públicos, y derechos, cuando vienen sustentados por una cultura política en la que iniciativas y movimientos independientes mantienen una opción política legítima y siempre renovable, representa, en nuestra opinión, un efectivo conjunto de baluartes en torno a la sociedad civil dentro de cuyos límites puede reformularse buena parte del programa de democracia radical»[59].

En efecto, el entrelazamiento y juego entre un espacio de opinión pública basado en la sociedad civil, por un lado, y la formación de la opinión y la voluntad políticas en el complejo parlamentario, institu-

57. Cf. la interpretación que H. Arendt hace del totalitarismo en términos de teoría de la comunicación, en H. Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, 1982, pp. 612 ss.: «(El Estado total) destruye, por un lado, todas las relaciones entre los hombres que quedan tras el derrumbamiento de la esfera público-política y, por otro, hace que los individuos completamente aislados y abandonados unos de otros puedan otra vez implicarse en acciones políticas, aunque naturalmente no en una acción política genuina...».

58. J. L. Cohen y A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, p. 531.
59. *Ibid.*, p. 474.

cionalizado en términos de Estado de derecho (y también la práctica de las decisiones judiciales), por otro, constituyen un buen punto de arranque para la traducción sociológica del concepto de política deliberativa. Sin embargo, la sociedad civil no debe considerarse como un foco en el que se concentran los rayos de una autoorganización de la sociedad en conjunto. Cohen y Arato acentúan con razón el *limitado espacio de acción* que la sociedad civil y el espacio de la opinión pública permiten a las formas de movimiento y expresión no institucionalizadas. Cohen y Arato hablan de una «autolimitación» estructuralmente necesaria de la práctica de la democracia radical:

— Primero, una sociedad civil con vitalidad suficiente sólo puede formarse en el contexto de una cultura política acostumbrada al ejercicio de las libertades, y de los correspondientes patrones de socialización, así como sobre la base de una esfera de la vida privada, que mantenga su integridad, es decir, sólo puede formarse en un mundo de la vida ya racionalizado. Pues si no, surgen movimientos populistas, que defienden ciegamente contenidos de tradición endurecidos y anquilosados de un mundo de la vida amenazado por la modernización capitalista. Éstos son tan antidemocráticos en sus formas de movilización, como modernos en sus objetivos[60].

— Segundo, en el espacio de la opinión pública, por lo menos en el espacio de una opinión pública liberal, los actores sólo pueden ejercer influencia, pero no poder político. La influencia de una opinión pública más o menos discursiva, generada en controversias abiertas es, ciertamente, una magnitud empírica que, por supuesto, siempre es capaz de poner en marcha alguna cosa; pero sólo cuando esta influencia de tipo publicístico-político pasa los filtros del *procedimiento* institucionalizado de formación democrática de la opinión y la voluntad políticas y se transforma en poder comunicativo y penetra en la producción legítima de derecho, puede surgir de la opinión pública fácticamente generalizada una convicción *acreditada* también desde el punto de vista de la generalización de intereses, que legitime las decisiones políticas. La soberanía del pueblo, comunicativamente fluidificada, no puede hacerse valer *sólo* en el poder que puedan ejercer discursos informales y públicos, ni aun en el caso de que éstos broten de espacios públicos autónomos. Para generar poder político, su influencia ha de extenderse a las deliberaciones de las instituciones democráticamente estructuradas de la formación de la opinión y la voluntad y adoptar en resoluciones formales una forma autorizada.

60. Este doble aspecto queda subrayado ya en el clásico estudio de I. Bibo (*Die deutsche Hysterie*, Frankfurt a. M., 1991) sobre el fascismo. También el socialismo se mostró como una especie de cabeza de Jano que simultáneamente mira al futuro y al pasado; adaptándolas a las nuevas formas de tráfico del industrialismo, el socialismo pretendía salvar las viejas fuerzas sociointegradoras de las comunidades de solidaridad de un mundo preindustrial que se hundía. Cf. mi artículo «La revolución recuperadora», en J. Habermas, *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, 1990, pp. 251 ss.

— Finalmente, los instrumentos que con el derecho y el poder administrivo quedan a disposición de la política, tienen en las sociedades funcionalmente diferenciadas un limitado grado de eficacia. Ciertamente, la política sigue siendo el destinatario de los problemas de integración no resueltos; pero a menudo la regulación y el control políticos sólo pueden ejercerse de forma indirecta y tienen que dejar intactos, como hemos visto, la lógica específica y el específico modo de operar de los sistemas funcionales y de otros ámbitos altamente organizados. De ello se sigue que los movimientos democráticos que surgen de la sociedad civil han de renunciar a aquellas aspiraciones de una sociedad que se organice a sí misma en conjunto, aspiraciones que, por ejemplo, estuvieron a la base de las representaciones marxistas de la revolución social. Directamente la sociedad civil sólo puede transformarse a sí misma e, indirectamente, puede operar sobre la autotransformación del sistema político estructurado en términos de Estado de derecho. Por lo demás, influye sobre la programación de ese sistema. Pero ni conceptual ni políticamente puede *ocupar* el *puesto* de aquel sujeto en gran formato, inventado por la filosofía de la historia, cuya misión era poner a la sociedad en conjunto bajo su control y a la vez actuar legítimamente en nombre de ella. Aparte de eso el poder administrativo utilizado para cumplir objetivos de planificación social, ni se presta ni es el medio más adecuado para el fomento de formas emancipadas de vida. Éstas pueden *formarse* y desarrollarse a consecuencia de procesos de democratización, pero no pueden *producirse* por intervenciones administrativas.

La autolimitación de la sociedad civil no significa que ésta hubiera de considerarse perpetuamente en una situación de *minoría de edad*, es decir, que hubiera de quedar *sujeta* siempre *a tutela*. El saber de regulación y control sistémicos, que ha de ejercer el sistema político, y que en las sociedades complejas constituye un recurso tan escaso como deseado, puede, ciertamente, convertirse en fuente de un nuevo paternalismo sistémico. Pero como la Administración estatal no produce ella misma la mayor parte del saber relevante que necesita, sino que lo toma del sistema de la ciencia y de otros agentes que se constituyen en eslabones intermedios, tampoco puede disponer de por sí de ese saber en términos de monopolio. Pese a sus posibilidades asimétricas de intervención y a sus limitadas capacidades de elaboración, la sociedad civil mantiene también la oportunidad de movilizar contrasaber y de hacer sus *propias* traducciones de los correspondientes informes técnicos. El hecho de que el público se componga de legos y de que la opinión pública discurra en un lenguaje inteligible para todos, no significa necesariamente una desdiferenciación de las cuestiones esenciales y de las razones sobre

cuya base esas cuestiones se deciden. Ello sólo puede servir de pretexto para poner tecnocráticamente bajo tutela a la opinión pública mientras las iniciativas de la sociedad civil no tengan la suficiente entidad como para procurarse, en relación con los aspectos sistémicos de las cuestiones públicamente discutidas, un suficiente saber de expertos y las adecuadas traducciones, en caso necesario diversas traducciones de distinto nivel de dificultad.

(3) Los conceptos de esfera de la opinión pública política y de sociedad civil que hemos introducido tienen referentes empíricos y no representan puramente postulados normativos. Pero para hacer una traducción sociológica con ayuda de estos conceptos de la lectura que hemos propuesto de la democracia radical en términos de teoría del discurso, y para reformular esa lectura de modo que resulte «falsable», hay que introducir algunos supuestos más. Trataré de hacer plausible que la sociedad civil puede *en determinadas circunstancias* cobrar influencia en el espacio de la opinión pública, operar a través de opiniones propias sobre el complejo parlamentario (y sobre los tribunales) y obligar al sistema político a retornar a asentarse sobre la circulación oficial del poder. La sociología de los medios de comunicación de masas nos ofrece, ciertamente, una imagen bastante escéptica de los espacios públicos de las democracias occidentales, dominados por los medios de comunicación. Los movimientos sociales, las iniciativas ciudadanas y los foros de ciudadanos, las asociaciones políticas y otro tipo de asociaciones, en una palabra: las agrupaciones de la sociedad civil son, ciertamente, sensibles a los problemas, pero las señales que emiten y los impulsos que dan son por lo general demasiado débiles como para provocar a corto plazo procesos de aprendizaje en el sistema político o para reorientar los procesos de toma de decisiones.

En las sociedades complejas el espacio de la opinión pública constituye una estructura intermediaria que establece una mediación entre el sistema político, por un lado, y los sectores privados del mundo de la vida y los sistemas de acción funcionalmente especificados, por otro. Representa una red extraordinariamente compleja que se ramifica espacialmente en una pluralidad de espacios internacionales, nacionales, regionales, municipales, subculturales, que se solapan unos con otros; que, en lo que a contenido se refiere, se estructura conforme a puntos de vista funcionales, centros de gravedad temáticos, ámbitos políticos, etc., en espacios públicos más o menos especializados, pero todavía accesibles a un público de legos (por ejemplo, en opiniones públicas relacionadas con la divulgación científica y la literatura, las iglesias y el arte, el movimiento feminista y los movimientos «alternativos», o relacionados con la política sanitaria, la política social y la política científica); y que, en

lo tocante a densidad de la comunicación, a complejidad de su organización y a alcance, se diferencia en niveles, desde los niveles *episódicos* que representan el bar, el café, o los encuentros y conversaciones en la calle, hasta el espacio público *abstracto*, creado por medios de comunicación, que forman los lectores, oyentes y espectadores aislados y diseminados por todas partes, pasando por espacios públicos caracterizados por la presencia física de los participantes y espectadores, como pueden ser las representaciones teatrales, las reuniones de las asociaciones de padres en las escuelas, los conciertos de rock, las asambleas de los partidos y congresos eclesiásticos. Pero pese a estas múltiples diferenciaciones todos esos espacios parciales de opinión pública, constituidos a través del lenguaje ordinario, permanecen porosos los unos para los otros. Los límites sociales internos rompen y fragmentan ese texto *uno* «del» espacio público, que se extiende radialmente en todas direcciones y cuya escritura prosigue sin cesar, lo rompen y fragmentan, digo, en múltiples textos pequeños para los que entonces todo lo demás se convierte en contexto; pero siempre pueden construirse de un texto al otro puentes hermenéuticos. Los espacios públicos parciales se constituyen con ayuda de mecanismos de exclusión; pero como los espacios públicos no pueden llegar a formar ni organizaciones ni sistemas, no hay ninguna regla de exclusión sin cláusula de denuncia.

Con otras palabras: los límites dentro del espacio público general, definido por su referencia al sistema político, permanecen en principio permeables. Los derechos a una inclusión irrestricta y a la igualdad, que venían inscritos en los espacios públicos liberales, impiden mecanismos de exclusión de tipo foucaultiano y fundan un *potencial de autotransformación*. Ya los discursos universalistas del espacio público burgués no pudieron inmunizarse en el curso del siglo XIX y del siglo XX contra una crítica procedente del interior. Con esos discursos pudieron conectar, por ejemplo, el movimiento obrero y el feminismo para quebrar las estructuras que habían empezado constituyéndolos como «lo otro» de un espacio público burgués[61].

Ahora bien, cuanto más el público, reunido ahora a través de los medios de comunicación, incluye a todos los miembros de una sociedad nacional o incluso a todos los contemporáneos y cuanto más abstracta es la forma que, correspondientemente, adopta, tanto más netamente se diferencian los *roles de los actores* que aparecen en la escena, de los roles de los espectadores que miran desde la galería. Aun cuando el «éxito de quienes actúan en el ruedo depende en última instancia del juicio de quienes miran desde las gradas»[62], plan-

61. J. Habermas, *Historia y crítica de la opinión pública*, pp. 41 ss.

62. J. Gerhards y F. Neidhardt, *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*, Berlin, 1990, p. 27.

téase la cuestión de qué grado de autonomía tienen los posicionamientos de afirmación o negación del público, la cuestión de si reflejan un proceso de convicción o no reflejan más bien un proceso de poder más o menos encubierto. La plétora de investigaciones empíricas no permite ninguna respuesta concluyente a esta cuestión cardinal. Pero la cuestión puede, al menos, precisarse si se parte del supuesto de que los procesos de comunicación pública pueden efectuarse de forma tanto menos distorsionada, cuanto más abandonados quedan a la lógica y dinámica específicas de una sociedad civil que nace del mundo de la vida.

De estos actores poco organizados, que, por así decir, surgen «del» propio público, pueden distinguirse, por lo menos tentativamente, otros actores que se limitan a aparecer ante el público y que *de por sí* disponen de poder organizativo, de recursos y de potenciales de sanción. Naturalmente, también los actores anclados fuertemente en la sociedad civil dependen del apoyo de «patrocinadores», que aporten los recursos necesarios en dinero, organización, saber y capital social. Pero estos patrocinadores, ya sean mecenas, ya sean simplemente gente de la «misma cuerda», no merman necesariamente la neutralidad de las capacidades de aquellos a quienes patrocinan. En cambio los actores colectivos que desde un sistema de acción funcionalmente especificado influyen sobre el espacio público, tienen una base de apoyo *propia*. Entre estos actores políticos y sociales que no tienen que recurrir a otros ámbitos para buscarse sus recursos, cuento en primer lugar a los partidos establecidos, y profundamente estatalizados, y a las grandes asociaciones de intereses dotadas de poder social; éstas se sirven de los «mecanismos de observación» que son los estudios de mercado y los estudios de opinión y desarrollan ellas mismas un trabajo especializado de publicidad.

La complejidad organizativa, los recursos, la profesionalización, etc., no son, ciertamente, cuando se los considera en sí mismos, indicadores suficientes para distinguir entre actores «autóctonos» y actores que se limitan a usufructuar los espacios públicos ya existentes. Tampoco en los intereses representados cabe leer sin más la procedencia de los actores. Más viables son otros indicadores. Así, esos dos tipos de actores se distinguen en el modo y manera como pueden ser identificados. Mientras que los actores de un tipo pueden ser identificados por su proveniencia de determinados ámbitos funcionales como son los partidos políticos o las asociaciones económicas, las representaciones de grupos profesionales o las asociaciones de protección del arrendatario, etc., los actores del otro tipo tienen que empezar *produciendo* sus propias características identificatorias. Esto, aun cuando vale para todos los actores de la sociedad civil en general, resalta con especial claridad en el caso de los movimientos sociales, que primero han de recorrer una fase de autoidentificación

y autolegitimación; incluso después, paralelamente a las políticas orientadas a la consecución de los fines que fuere, han de desarrollar una *identity-politics* de tipo autorreferencial, han de asegurarse una y otra vez de su propia identidad. La cuestión de si los actores se limitan a hacer uso de un espacio público ya constituido o se implican en la reproducción de las estructuras de ese espacio público, es algo a lo que cabe responder también prestando atención a la ya mencionada sensibilidad para los peligros y amenazas a que puedan verse expuestos los derechos de comunicación, así como a la disponibilidad a hacer frente, por encima de los propios intereses de autodefensa, a las formas abiertas o veladas de exclusión y represión de las minorías o grupos marginales. Para los movimientos sociales es, por lo demás, una cuestión de supervivencia el encontrar formas de organización que creen solidaridades y espacios públicos y que, en la persecución de objetivos especiales, permitan a la vez utilizar y radicalizar los derechos de comunicación y las estructuras de comunicación existentes[63].

Un tercer grupo de actores lo constituyen los publicistas, que reúnen información, que deciden sobre la selección y presentación de las «emisiones» y que en cierto grado controlan el acceso de temas, contribuciones y autores al espacio de la opinión pública dominado por los medios de comunicación de masas. Con la creciente complejidad de los medios de comunicación y con la creciente necesidad de capital destinado a ese fin se introduce una centralización de las vías efectivas de comunicación. En la misma medida los medios de comunicación de masas quedan expuestos, tanto por el lado de la oferta como por el lado de la demanda, a una creciente necesidad de selección y a las coerciones provenientes de ella. Estos procesos de selección se convierten en fuente de nuevas clases de poder. Este *poder de los medios* sólo queda acotado de forma muy insuficiente por estándares profesionales; pero tentativamente, se está procediendo ya hoy a una constitucionalización jurídica del «cuarto poder». En la República Federal de Alemania, por ejemplo, depende de la forma de organización jurídica y del anclaje institucional el que las televisiones se abran más bien a la influencia de los partidos y asociaciones, o más bien a la influencia de las empresas privadas con gran presupuesto publicitario. En general puede decirse que la imagen que la televisión construye de la política se compone en buena parte de temas y contribuciones que vienen ya producidos para ese espacio público que representan los medios y que a través de conferencias de prensa, manifestaciones, campañas, etc., se los encauza hacia ellos. Los productores de información logran imponerse con tanta más fuerza cuanto más se distingue su trabajo en el es-

63. J. L. Cohen y A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, pp. 492-563.

pacio público por las personas que lo realizan, por su dotación técnica y por su profesionalidad. Los actores colectivos que operan fuera del sistema político, fuera de las organizaciones y asociaciones sociales, tienen normalmente menos oportunidades de influir sobre los contenidos y tomas de posición de los grandes medios. Esto vale particularmente para las opiniones que caen fuera del espectro de opinión «normalizado» y «ponderado», es decir, del espectro de opinión tan centrísticamente restringido y poco flexible que caracteriza a los grandes medios electrónicos de comunicación[64].

Antes de emitir los mensajes seleccionados se los somete a *estrategias de elaboración de la información*. Éstas se orientan por las condiciones de recepción percibidas por los publicistas. Como la disponibilidad a la recepción, la capacidad cognitiva y la atención del público constituyen un recurso sorprendentemente escaso, por el que compiten los programas de numerosos «emisores», la presentación de las noticias y los comentarios se atiene a los consejos y recetas de los especialistas en publicidad. La personalización de las cuestiones de contenido, la mezcla de información y diversión, la presentación episódica de los temas y la fragmentación de lo que objetivamente forma conjunto y bloque, llegan a fundirse en un síndrome que fomenta la despolitización de la comunicación pública[65]. Éste es el verdadero núcleo de la teoría de la industria cultural. Los estudios sobre los medios de comunicación dan información en cierto modo fiable acerca del marco institucional y de la estructura, así como sobre la forma de trabajo, la configuración de los programas y la utilización de los medios; pero las afirmaciones sobre los *efectos de los medios* siguen siendo inseguras, incluso una generación después de Lazarsfeld. De todos modos los estudios sobre influjo y recepción han acabado con la imagen del consumidor pasivo, simplemente dirigido por los programas ofertados. En lugar de eso, esos estudios dirigen más bien la atención hacia las estrategias de interpretación que emplean los espectadores —que en ocasiones comunican también entre sí—, los cuales pueden verse asimismo empujados a contradecir aquello que reciben o a sintetizar la oferta empleando para ello sus propios patrones de interpretación[66].

Aunque en cierto modo estamos al corriente en lo que respecta al peso y modo de operar de los medios de comunicación y a la distribución de roles entre el público y los distintos actores, e inclu-

64. M. Kaase, «Massenkommunikation und politischer Prozeß», en M. Kaase y W. Schulz (eds.), *Massenkommunikation*: KZfSS 30 (1989), pp. 97-117.

65. Esta afirmación se aplica en primera línea a los medios electrónicos de comunicación, que son los utilizados más a menudo por un amplio público. En el caso de la prensa y de otros medios habría que matizarla.

66. St. Hall, «Encoding and Decoding in TV-Discourse», en Id. (ed.), *Culture, Media, Language*, London, 1980, pp. 128-138; D. Morley, *Family Television*, London, 1988.

so podemos avanzar hipótesis relativamente bien fundadas acerca de quién dispone del poder de los medios, no está de ninguna manera claro cómo los medios de comunicación de masas intervienen en el inabarcable círculo de comunicación del espacio público-político. Más claras son las *reacciones normativas* al fenómeno relativamente nuevo de la posición de poder de los complejos mediáticos en la competencia por la influencia político-publicística. Las tareas que los medios de comunicación de masas habrían de cumplir en los sistemas políticos estructurados en términos de Estado de derecho, las han resumido Gurevitch y Blumler en los siguientes puntos:

«1. Vigilancia sobre el entorno sociopolítico, informando sobre desarrollos que probablemente repercutirán, positiva o negativamente, en el bienestar de los ciudadanos;

2. una buena configuración del orden del día, identificando los asuntos claves de cada día, incluyendo las fuerzas que les han dado forma y que tienen capacidad para resolverlos;

3. plataformas para una defensa inteligible e iluminadora de las cuestiones que fuere por parte de los políticos o por parte de los portavoces de otras causas y de los portavoces de grupos de interés;

4. diálogo a todo lo ancho de un espectro variado de puntos de vista, así como entre las personas que ocupan posiciones de poder (en la actualidad o prospectivamente) y el público de a pie;

5. mecanismos para hacer que quienes ocupan o han ocupado cargos públicos den cuenta de cómo han ejercido su poder;

6. incentivos que empujen a los ciudadanos a aprender, a escoger, a implicarse y no a limitarse simplemente a seguir y a mironear el proceso político;

7. una resistencia de principio contra los intentos por parte de fuerzas externas a los medios de subvertir la independencia, integridad y capacidad de éstos para servir a su público;

8. un sentido de respeto por cada miembro del público, en tanto que potencialmente concernido y capaz de buscar y dar un sentido a lo que ve en su entorno político»[67].

Conforme a tales principios se orientan, por un lado, el código profesional del periodismo y la autocomprensión ética del periodismo como estamento profesional y, por otro, la organización de una prensa libre por vía de un derecho concerniente a los medios de comunicación[68]. En concordancia con la concepción de la política deliberativa, esos principios no hacen otra cosa que expresar una simple idea regulativa: los medios de comunicación de masas han de

67. M. Gurevitch y G. Blumler, «Political Communication Systems and Democratic Values», en J. Lichtenberg (ed.), *Democracy and the Mass Media*, Cambridge, Mass., 1990, p. 270.

68. Cf. los principios para un «pluralismo regulado» de los medios de comunicación de masas en J. B. Thompson, *Ideology and Modern Culture*, Cambridge, 1990, pp. 261 ss.

entenderse como mandantarios de un público ilustrado, cuya disponibilidad al aprendizaje y capacidad de crítica presuponen, invocan y a la vez refuerzan; al igual que la Justicia, han de preservar su independencia respecto de los actores políticos y sociales; han de hacer suyos de forma imparcial las preocupaciones, intereses y temas del público y, a la luz de esos temas y contribuciones, exponer el proceso político a una crítica reforzada y a una coerción que lo empuje a legitimarse. Así quedaría neutralizado el poder de los medios y quedaría bloqueada la transformación del poder administrativo o del poder social en influencia político-publicística. Conforme a esta idea, los actores políticos y sociales sólo deberían «utilizar» la esfera de la opinión pública en la medida en que suministrasen contribuciones convincentes para el tratamiento de los problemas que han sido percibidos por el público o que han sido incluidos en la agenda pública con el asentimiento de éste. También los partidos políticos deberían implicarse en la formación de la opinión y la voluntad del público desde la *propia* perspectiva de éste, en lugar de tratar de influir sobre el público desde la perspectiva del mantenimiento del propio poder político, no yendo a la esfera pública a otra cosa que a extraer de él lealtad de una población reducida a masa[69].

Cuando la imagen, por difusa que sea, que la sociología de los medios de comunicación de masas nos transmite de un espacio de la opinión pública dominado por medios de comunicación de masas, atravesado de parte a parte por relaciones de poder, la evocamos sobre el trasfondo de estas expectativas normativas, uno tiende a valorar con muchas reservas las oportunidades que la sociedad civil pueda tener de ejercer influencia sobre el sistema político. Sin embargo, esta estimación sólo se refiere a un *espacio público en estado de reposo*. En los instantes de movilización empiezan a vibrar las estructuras en las que propiamente se apoya la autoridad de un público que se decide a tomar posición. Pues entonces cambian las relaciones de fuerza entre la sociedad civil y el sistema político.

(4) Con esto vuelvo a la cuestión central de quién puede poner los temas en el orden del día y determinar la dirección de las corrientes de comunicación. Cobb, Ross y Ross han propuesto modelos de la carrera que hacen los temas nuevos y políticamente importantes, desde la primera iniciativa hasta su tratamiento formal en sesiones de los organismos encargados de tomar decisiones[70]. Si se modifican los modelos propuestos —*inside access model, mobilization model,*

69. Una «filosofía de los medios» similar es la que defiende J. Keane, *The Media and Democracy*, Cambridge, 1991.

70. R. Cobb, J. K. Ross y M. H. Ross, «Agenda Building as a Comparative Political Process»: *American Political Science Review* 70 (1976), pp. 126-138; R. Cobb y Ch. Elder, «The Politics of Agenda-Building»: *Journal of Politics* (1971), pp. 892-915.

outside initiative model— de la manera apropiada, es decir, de manera relevante desde puntos de vista de la teoría de la democracia, entonces esos modelos representan simplificadamente las alternativas que se dan en la recíproca influencia entre esfera de la opinión pública y sistema político. En el primer caso la iniciativa parte de quienes ocupan cargos o de líderes políticos; y el tema da vueltas hasta que se lo trata formalmente dentro del sistema político, sea con exclusión del espacio de la opinión pública política, sea sin influencia reconocible de él. En el segundo caso la iniciativa parte de nuevo del sistema político; pero los agentes de éste tienen que movilizar el espacio de la opinión pública porque necesitan el apoyo de partes relevantes del público, sea para conseguir un tratamiento formal, sea para imponer la implementación de un programa decidido. Sólo en el tercer caso tienen la iniciativa fuerzas externas al sistema político, las cuales con ayuda de una opinión pública movilizada, es decir, de la presión de la opinión pública, obligan a que se aborde y se trate formalmente el tema: «El "modelo de iniciativa del exterior" se aplica a la situación en que un grupo que está fuera de la estructura del gobierno 1) articula lo que considera una vulneración de intereses legítimos, 2) trata de hacer extensivo el interés por el asunto a un número lo suficientemente grande de otros grupos como para introducir el tema en la agenda pública, con la finalidad de 3) crear la presión suficiente sobre quienes han de tomar decisiones para hacer que el asunto entre en la agenda formal a fin de que se lo someta detenidamente a consideración. Este modelo de construcción de la agenda es probable que predomine en sociedades más igualitarias. El *status* de agenda formal, sin embargo, no significa necesariamente que la decisión final de las autoridades o que la implementación de la política efectiva vaya a ser lo que originalmente buscaba el grupo que inició el tema»[71].

En el caso normal los temas, sugerencias e incitaciones tienen una carrera cuyo desenvolvimiento responde más bien al primer y segundo modelos que al tercero. Mientras la circulación informal del poder domine al sistema político, la iniciativa y el poder para introducir problemas en el orden del día y hacer que se tramiten y se sometan a consideración, esa iniciativa y poder, digo, los tienen más bien el gobierno y la Administración que el complejo parlamentario; y mientras en el espacio de la opinión pública los medios de comunicación de masas, en contra de su propia comprensión normativa, obtengan preferentemente su material de productores de información bien organizados y poderosos, mientras prefieran además estrategias publicísticas que hagan bajar el nivel discursivo del circuito de comunicación pública en lugar de elevarlo, los temas adoptan por lo gene-

71. R. Cobb, J. K. Ross y M. H. Ross, «Agenda Building as a Comparative Political Process», p. 132.

ral un curso que parte del centro y queda gobernado por él, no un curso espontáneo, proveniente de la periferia social. A esto responden en todo caso los resultados de tono escéptico acerca de la articulación de los problemas en los espacios de opinión pública[72]. Sin embargo, en nuestro contexto no puede tratarse de una minuciosa y sólida ponderación empírica de las recíprocas influencias entre política y público. Para nuestro propósito basta con hacer plausible que los *actores de la sociedad civil*, no tenidos hasta ahora en cuenta en nuestro escenario, *pueden* desempeñar un papel sorprendentemente activo y exitoso en los casos de percepción de una situación de crisis[73]. Pues en esos casos, en los instantes críticos de una historia acelerada, esos actores, pese a su escasa complejidad organizativa, a su débil capacidad de acción y a sus desventajas estructurales, cobran la oportunidad de *invertir* la dirección de los circuitos de comunicación convencionalmente consolidados en el espacio de la opinión pública y en el sistema político y con ello de cambiar el modo de solucionar problemas que tiene el sistema en conjunto.

Las estructuras de comunicación del espacio de la opinión pública están ligadas con los ámbitos de la vida privada de modo que la periferia que es la sociedad civil, frente a los centros de la política, posee la ventaja de tener una mayor sensibilidad para la percepción e idenficación de nuevos problemas. Esto puede documentarse y confirmarse recurriendo a los grandes temas de los pasados decenios —pensemos en la espiral de la carrera de armas nucleares, en los riesgos del uso pacífico de la energía atómica, en los riesgos inherentes al uso de otros dispositivos e instalaciones de alta tecnología, o en los riesgos que comportan experimentos científicos como la experimentación genética, pensemos en los riesgos ecológicos de una economía de la naturaleza empujada más allá del límite de sus posibilidades (muerte de los bosques, contaminación de las aguas, desaparición de especies, etc.), en el galopante empobrecimiento del Tercer Mundo y en los problemas del orden económico mundial, pensemos en los problemas del feminismo, en la creciente inmigración con la consecuencia que esa inmigración tiene, a saber, la de un cambio en la composición étnica y cultural de la población, etc.—. Casi ninguno de estos temas empezó siendo puesto sobre la mesa por exponentes del aparato estatal, de las grandes organizaciones, o de los subsistemas funcionales de la sociedad. Fueron planteados por intelectuales, por afectados, por *radical professionals*, por quienes se presentaron actuando como «abogados» de los afectados actuales o los afectados

72. St. Hilgartner, «The Rise and Fall of Social Problems»: *American Journal of Sociology* 94 (1988), pp. 53-78.

73. Movimientos sociales como «Exponentes del mundo de la vida» es el tema de un excitante estudio empírico de L. Rolke, *Protestbewegungen in der Bundesrepublik*, Opladen, 1987.

posibles. Desde esta periferia más externa los temas penetran en las revistas y en las asociaciones, en los clubes, en los gremios profesionales, en las academias, en los institutos tecnológicos y en las escuelas de ingeniería, etc., que se interesan por ellos, y encuentran foros, iniciativas ciudadanas, y otras plataformas, antes de agavillarse y convertirse eventualmente en núcleo de cristalización de movimientos sociales y de nuevas subculturas[74]. Y estos movimientos sociales y estas subculturas pueden, a su vez, dramatizar sus contribuciones y escenificarlas de forma tan eficaz que los medios de comunicación de masas se den por enterados de la cosa. Sólo a través de su tratamiento y discusión en los medios de comunicación de masas alcanzan esos temas al gran público y logran penetrar en la «agenda pública». En muchas ocasiones es menester un trabajo de apoyo mediante acciones espectaculares, protestas masivas e incesantes campañas, hasta que los temas, a través de éxitos electorales, a través de los programas de los «viejos partidos», cautelosamente ampliados, a través de las sentencias de la administración de justicia concernientes a principios, etc., penetran en los ámbitos nucleares del sistema político y allí son tratados de manera formal.

Naturalmente, los temas pueden también seguir otros cursos; de la periferia al centro hay también otras sendas, otros patrones de acceso con complejas ramificaciones y modos de conexión retroalimentativa. Pero por lo general puede constatarse que incluso en los espacios públicos políticos más o menos hipotecados por estructuras de poder las relaciones de fuerza se desplazan en cuanto la percepción de problemas socialmente relevantes provoca en la periferia una *conciencia de crisis*. Y cuando entonces actores de la sociedad civil se encuentran y asocian, formulan el tema correspondiente y lo propagan en el espacio público, sus iniciativas pueden tener buen suceso porque con la movilización endógena del espacio público cobra eficacia una ley inscrita en la propia estructura interna de todo espacio público, que de otro modo permanecería latente, y que también se mantiene presente en la autocomprensión normativa de los medios de comunicación de masas, a saber, que quienes actúan en el escenario deben la influencia que ejercen desde él al asentimiento del público que ocupa la galería. Al menos sí puede decirse que en la medida en que un mundo de la vida racionalizado viene a fomentar o por lo menos a facilitar el desarrollo de una opinión pública liberal con un sólido fundamento en la sociedad civil, la autoridad de las tomas de postura del público se ve reforzada en el curso de la escalada de controversias públicas. Pues en los casos de una movilización dependiente de una conciencia de crisis, la comunicación pública informal se mueve en tales *condiciones* (es decir, en las de una cultura política

74. J. Raschke, *Soziale Bewegungen*, Frankfurt a. M., 1985.

liberal) por unas vías que, por un lado, impiden la formación y aglomeración de masas adoctrinadas y fanatizadas, fácilmente seducibles en términos populistas, y que, por otro, agavillan los potenciales críticos diseminados de un público que sólo queda cohesionado ya en términos abstractos a través del espacio público que crean los propios medios, focalizando esos potenciales en dirección al ejercicio de una influencia política-publicística sobre la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad políticas. Pero sólo en los espacios públicos liberales tienen estas políticas subinstitucionales propias de los movimientos sociales, las cuales abandonan las vías convencionales de la política de intereses, con el fin, por así decir, de guardar las espaldas a la circulación oficial del poder del sistema político regulado en términos de Estado de derecho, sólo en estos espacios públicos liberales, digo, tienen esas políticas subinstitucionales de los movimientos sociales una dirección de choque distinta a la de los espacios públicos manipulados y creados a medida, los cuales sólo sirven como foros de legitimación plebiscitaria[75].

En el cabo superior de esa escala gradual por la que ascienden las protestas ciudadanas subinstitucionales cuando logra tomar cuerpo un movimiento en escalada, resalta con particular claridad ese sentido de una reforzada coerción legitimatoria, es decir, de una coerción que empuja a plantear cuestiones de legitimidad. El último medio que los argumentos de este tipo de oposición subinstitucional tienen para hacerse oír y para ejercer una influencia publicística-política, son los actos de desobediencia civil, los cuales quedan sometidos de inmediato a una alta coerción en lo tocante a la necesidad de dar explicaciones y justificaciones. Estos actos de transgresión simbólica de las reglas, exenta de violencia, se entienden como expresión de la protesta contra decisiones vinculantes que, según entienden los actores, pese a haberse tomado legalmente, son ilegítimas a la luz de los principios constitucionales vigentes. Esos actos se dirigen a dos destinatarios simultáneamente. Por un lado, apelan a quienes ocupan cargos y a los portadores de la representación ciudadana para que se retomen deliberaciones políticas ya cerradas, con el fin de que, valorando los argumentos que se formulan en esa crítica pública que se niega a ceder y a cesar, revisen, si ello fuera menester, las resoluciones tomadas. Por otra parte, apelan «al sentido de la justicia de la mayoría de la sociedad», como dice Rawls[76], es decir, al juicio crítico de un público de ciudadanos, al que hay que movilizar con esos medios extraordinarios. Y con independencia del tema de la controversia, lo que la des-

75. C. Offe, «Challenging the Boundaries of Institutional Politics: Social Movements since the 1960s», en Ch. S. Maier, *Changing Boundaries of the Political*, Cambridge, 1987, pp. 63-106.

76. J. Rawls, *Una teoría de la justicia*, México, 1979, p. 501.

obediencia civil implícitamente está defendiendo siempre también, es la conexión retroalimentativa de la formación formalmente estructurada de la voluntad política con los procesos informales de comunicación en el espacio público-político. El mensaje de este subtexto se dirige a un sistema político que en virtud de su estructuración en términos de Estado de derecho no puede ni desligarse, ni desprenderse de la sociedad civil autonomizándose frente a la periferia. Mediante ese subtexto la desobediencia civil se remite a sí misma a su propio origen, es decir, se remite a sí misma a una sociedad civil que en los casos de crisis actualiza los contenidos normativos del Estado democrático de derecho en el medio que representa la opinión pública y los hace valer contra la inercia sistémica de la política institucional.

Esta *autorreferencialidad* es lo que queda acentuado en la definición que Cohen y Arato proponen de la desobediencia civil, recurriendo a consideraciones de Rawls, Dworkin y mías: «La desobediencia civil implica actos ilegales, habitualmente por parte de autores colectivos, actos que son públicos, que hacen referencia a principios y que son simbólicos en su carácter, actos que primariamente implican medios no violentos de protesta y que apelan a la capacidad de razonamiento y al sentido de justicia de la población. El objetivo de la desobediencia civil es persuadir a la opinión pública en la sociedad civil y política de que... una particular ley o política es ilegítima y que hay base argumentativa suficiente para proceder a cambiarla... Los actores colectivos implicados en la desobediencia civil invocan los principios utópicos de las democracias constitucionales apelando a la idea de derechos fundamentales o de legitimidad democrática. La desobediencia civil es, por tanto, un medio para reafirmar el vínculo entre la sociedad civil y la sociedad política... cuando las tentativas legales de la primera de ejercer influencia sobre la segunda han fracasado, y también han quedado agotadas otras vías»[77]. En esta interpretación de la desobediencia civil se manifiesta la autoconciencia de una sociedad civil que se atribuye la facultad de, por lo menos en los casos de crisis, reforzar de tal suerte la presión que el espacio movilizado de la opinión pública pueda ejercer sobre el sistema político, que éste no tenga más remedio que optar por el conflicto y proceder a neutralizar la contracirculación inoficial del poder a la que hemos hecho referencia.

La justificación de la desobediencia civil se apoya además[78] en una comprensión dinámica de la Constitución como un proyecto inaca-

77. J. L. Cohen y A. Arato, *Civil Society and Political Theory*, pp. 587 s. Sobre la «tolerancia militante», U. Rödel, G. Frankenberg y H. Dubiel, *Die demokratische Frage*, Frankfurt a. M., 1989, cap. VI.

78. Sobre la discusión jurídica: R. Dreier, «Widerstandsrecht im Rechtsstaat?», en Id., *Recht - Staat - Vernunft*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 39-72; Th. Laker, *Ziviler Ungehorsam*, Baden-Baden, 1986.

bado. Desde esta perspectiva a largo plazo el Estado democrático de derecho no se presenta como una configuración acabada, sino como una empresa siempre sujeta a riesgos, irritable e incitable, y sobre todo falible y necesitada de revisión, empresa que se endereza a realizar siempre *de nuevo* y en circunstancias cambiantes el sistema de los derechos, es decir, a interpretarlo mejor, a institucionalizarlo en términos más adecuados, y a hacer uso de su contenido de forma más radical. Ésta es la perspectiva de los ciudadanos que se implican activamente en la realización del sistema de los derechos y que, invocando (y teniendo bien presente) el cambio de las condiciones de contexto, tratan de superar prácticamente la tensión entre facticidad social y validez. La teoría del derecho no puede hacer propia esta perspectiva de un activo autoimplicarse; pero sí puede reconstruir la comprensión paradigmática del derecho y del Estado democrático de derecho, por la que se dejan guiar los ciudadanos cuando se han hecho una imagen de las restricciones estructurales a las que está sujeta la autoorganización de la comunidad jurídica en su sociedad.

(5) Desde un punto de vista reconstructivo hemos mostrado que los derechos fundamentales y los principios del Estado de derecho se limitan a hacer explícito el sentido realizativo de la autoconstitución de una comunidad jurídica de miembros libres e iguales. En las formas de organización del Estado democrático de derecho esa praxis cobra continuidad. Toda Constitución histórica hace una doble referencia al tiempo: como documento histórico representa la memoria del acto de fundación al que interpreta, marcando así un inicio en el tiempo; a la vez su carácter normativo comporta que la tarea de interpretación y configuración del sistema de los derechos se plantea *de nuevo* para cada generación: como proyecto de una sociedad justa una Constitución articula el horizonte de expectativa del futuro que se tiene en cada caso presente. Bajo este aspecto de un proceso de continua actividad *constituyente*, pensado a largo plazo, el procedimiento democrático de producción legítima del derecho cobra una fundamental importancia. De ahí que no pudiéramos eludir la cuestión de si, y (si la respuesta había de ser afirmativa) cómo, puede implementarse de forma eficaz en las sociedades complejas de nuestro tipo un procedimiento tan exigente, de suerte que en el sistema político pueda imponerse una circulación del poder normada en términos de Estado de derecho. Las respuestas a esta cuestión informan, a su vez, nuestra comprensión paradigmática del derecho. A fin de poder pasar a glosar tal comprensión históricamente situada de la Constitución, quisiera remachar los puntos siguientes:

(*a*) El sistema político articulado en términos de Estado de derecho está especializado, por un lado, en la generación de decisiones colectivamente vinculantes y sólo constituye, por tanto, uno entre

varios sistemas funcionales. Por otra parte, la política, en virtud de su interna conexión con el derecho, es la encargada de hacer frente a problemas que afectan a la sociedad en conjunto. Las decisiones colectivamente vinculantes tienen que poder interpretarse a la vez como realización de los derechos, de modo que, a través del medio que representa el derecho, las estructuras de reconocimiento que caracterizan a la acción orientada al entendimiento se transfieren del nivel de las interacciones simples a las relaciones anónimas entre extraños, abstractamente mediadas. La política, al perseguir determinados fines colectivos y regular determinados conflictos, está haciendo frente a la vez a problemas generales de integración de la sociedad. Al estar estructurado en forma de derecho, el modo de operar de ese sistema político funcionalmente especificado, mantiene una relación con los problemas de la sociedad global: se hace cargo de, y prosigue en un plano reflexivo, una integración social que otros sistemas de acción ya no pueden realizar de forma suficiente.

(*b*) Esta posición asimétrica explica que el sistema político se vea sometido a restricciones por dos lados y que sus operaciones y decisiones se midan por los correspondientes estándares. Como un sistema de acción funcionalmente especificado queda limitado por otros sistemas funcionales que obedecen a su propia lógica y que, por tanto, se cierran contra las intervenciones directas. Por este lado, el sistema político choca con los límites de la eficacia del poder administrativo (incluyendo las formas de organización jurídica y los medios fiscales). Por el otro lado, la política, en tanto que sistema de acción regulado en términos de Estado de derecho, está en conexión con el espacio de la opinión pública y depende de las fuentes que el poder comunicativo tiene en el mundo de la vida. Por este lado el sistema político está sometido, no a las restricciones externas de un entorno social, sino que, más bien, hace experiencia de su dependencia respecto de condiciones internas de posibilitación. Pues en última instancia la política no puede disponer a voluntad de las condiciones que hacen posible la generación de derecho legítimo.

(*c*) Por ambas partes el sistema político se ve expuesto a perturbaciones que pueden mermar la *efectividad* o *eficacia* de sus operaciones y rendimientos, o la *legitimidad* de sus decisiones. El sistema político fracasa en sus competencias regulativas, cuando o bien los programas jurídicos implementados permanecen ineficaces, o bien las operaciones de orden, regulación y control provocan efectos desintegradores en los ámbitos de acción necesitados de regulación, o bien los medios utilizados desbordan la capacidad del medio que representa el derecho impregnando así una carga excesiva a la estructura normativa del propio sistema. Ante problemas de regulación o control de elevada complejidad, la irrelevancia, la regulación en falso

y la autodestrucción pueden tener efectos acumulativos que den lugar a un «trilema regulatorio»[79]. Por otro lado, el sistema político fracasa en su calidad de lugarteniente de la integración social cuando las decisiones (por efectivas que fueren) ya no pueden hacerse derivar del derecho legítimo. La circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho queda neutralizada cuando el sistema administrativo se autonomiza frente al poder comunicativamente generado, cuando el poder social de los sistemas funcionales y de las grandes organizaciones (incluyendo los medios de comunicación) se transforma en poder ilegítimo y cuando los recursos del mundo de la vida no bastan para comunicaciones públicas espontáneas que puedan garantizar que los intereses sociales puedan expresarse de manera no distorsionada ni forzada. La autonomización del poder ilegítimo y las debilidades de la sociedad civil y del espacio de la opinión pública política pueden agudizarse y dar lugar a un «dilema legitimatorio» que en determinadas circunstancias se conjunta con el «trilema regulatorio» dando lugar a un círculo vicioso. Entonces el sistema político cae en el remolino de un déficit de legitimación y de un déficit de regulación o control sistémicos, que se refuerzan mutuamente.

(*d*) Tales crisis pueden explicarse en todo caso recurriendo a la historia. Pero no están de tal suerte inscritas en las propias estructuras de las sociedades funcionalmente diferenciadas, que quede desautorizado de antemano el proyecto de no dejarse representar sino por sí misma una comunidad de libres e iguales no quedando sujetos a otras reglas que las que ellos mismos se autoimponen por vía de derecho. Sin embargo, sí que son sintomáticas de esa peculiar inserción asimétrica del sistema político articulado en términos de Estado de derecho en procesos circulares altamente complejos, de la que los actores han de hacerse una imagen cuando, en actitud realizativa, quieren implicarse con éxito, como ciudadanos, como diputados, como jueces, como funcionarios, etc., en la realización del sistema de los derechos. Y porque estos derechos pueden interpretarse de formas distintas con el cambio de los contextos sociales, la luz que arrojan sobre las situaciones se refracta formando el espectro que representan paradigmas jurídicos históricamente cambiantes. Las constituciones históricas pueden entenderse como otras tantas interpretaciones de una y *la misma* praxis, de la praxis de autodeterminación de miembros iguales y libres de una comunidad jurídica; pero, como toda praxis, también ésta viene situada históricamente. Los participantes han de partir de la concreta forma histórica que esa praxis tiene *para ellos* si es que quieren aclararse sobre el significado que esa praxis tiene *en general*.

79. G. Teubner, «Reflexives Recht»: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie* 68 (1982), pp. 13 ss.

IX

PARADIGMAS DEL DERECHO

Desde las grandes codificaciones del siglo XVIII a más tardar el derecho vigente resulta primariamente aprehensible en forma de textos: las proposiciones normativas contenidas en los códigos dicen qué normas han de considerarse vigentes. Tales proposiciones normativas constituyen la base de la jurisprudencia. Y desde la perspectiva de ésta la dogmática jurídica se esfuerza por interpretar el derecho vigente. La teoría del derecho y la historia del derecho cultivan una ulterior objetivación de la comprensión de textos legales y sistemas de reglas, si bien en direcciones opuestas. Mientras que la teoría del derecho, como hemos visto, mediante una abstracción generalizadora cobra distancia respecto del trabajo de interpretación referido al caso particular, en que consiste la práctica de las decisiones judiciales, pero sin tener que abandonar la perspectiva del participante como tal, la mirada objetivadora del historiador se dirige a los contextos sociales en los que está inserto el derecho como sistema de acción y de los que se nutren también los supuestos básicos que implícitamente acompañan a la administración de justicia y a la dogmática contemporánea del derecho. Desde esta perspectiva de observador ábrense esos nexos de sentido que permanecen latentes para los implicados mismos y que objetivamente establecen una conexión entre el sistema jurídico y su entorno social, y también subjetivamente, a través de la imagen que los juristas se hacen de sus contextos sociales. Y entonces queda claro que los expertos no sólo interpretan las distintas proposiciones normativas a partir del contexto que esas proposiciones tienen en el *corpus* del derecho considerado en conjunto, sino también desde el horizonte de una precomprensión de la sociedad contemporánea, la cual resulta rectora en todo su trabajo de interpretación. En este aspecto la interpretación del derecho es siempre también una respuesta a los desafíos de una situación social percibida de determinada manera.

En algunos pasajes cruciales el propio texto legal delata un diagnóstico implícito del presente, por ejemplo en la parte dedicada a derechos fundamentales de las Constituciones que han surgido de rupturas políticas o revoluciones políticas. A diferencia del derecho profesionalmente preformulado por los juristas o desarrollado después por los juristas, los derechos fundamentales, incluso en su letra y estilo, danse a conocer como enfáticas manifestaciones de voluntad y declaraciones políticas que reaccionan contra experiencias concretas de represión y vulneración de la dignidad humana. En la mayoría de los artículos dedicados a derechos fundamentales resuena el eco de una injusticia padecida que, por así decir, es negada palabra por palabra[1]. Lo que en esos raros instantes que representa el establecimiento revolucionario de una Constitución queda patente y a la luz del día, por lo general el historiador habrá de descifrarlo laboriosamente o partir del trabajo diario de la producción legislativa y de la administración de justicia. Trivialmente, éstas sólo pueden perseguir su objetivo de realizar derechos y de aplicar el derecho en un contexto que ellas interpretan en lo concerniente a las posibilidades de acción de que fácticamente se dispone y que siempre vienen fácticamente limitadas. Aquello a que los actores realmente responden y realmente han respondido con sus decisiones y sus razones, sólo se podrá entender si se conoce la *imagen* que esos actores *implícitamente* se hacen de su *sociedad*, si se sabe qué estructuras, qué operaciones, qué resultados, qué rendimientos, qué potenciales, qué peligros y qué riesgos atribuyen a su sociedad a la luz de la tarea que esos actores se proponen, a saber, la tarea de realizar los derechos y de aplicar el derecho.

Con una intención de crítica idelógica O. Kahn-Freund había investigado ya en 1931 el «ideal social» del Tribunal Central de Trabajo[2]. Con intención descriptiva F. Wieacker introdujo dos decenios después el concepto equivalente de «modelo social» cuando de los códigos clásicos de derecho privado extrajo el paradigma liberal del derecho. De lo que para F. Wieacker se trataba era de «sacar a la luz el modelo social de un orden jurídico dado y las transformaciones experimentadas por ese modelo; por así decir, su traza secreta u oculta que a primera vista queda encubierta por la continuidad literaria, humanista y conceptual de la tradición científica»[3]. El famoso estudio de Wieacker, al poner en claro el paradigma del derecho

1. Ejemplos impresionantes los ofrecen los detallados catálogos de derechos fundamentales de las Constituciones de los *Länder* alemanes aprobadas tras 1945 así como el proyecto de abril de 1990 para una Constitución de la República Democrática Alemana, que no llegó a entrar en vigor, publicado por el grupo de trabajo «Nueva Constitución de la DDR» de la Mesa Redonda, Berlín, 1990.

2. O. Kahn-Freund, «Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts», en Th. Ramm (ed.), *Arbeitsrecht und Politik*, Frankfurt a. M., 1966, pp. 149 ss.

formal burgués, pudo a la vez arrojar luz sobre el trasfondo sobre el que resultaba visible la «materialización» del derecho, una tendencia que ya Max Weber había lamentado pero que sólo acabaría imponiéndose en todo su alcance con el desarrollo del Estado social tras el fin de la Segunda Guerra Mundial. Este *cambio social del derecho* o *giro social del derecho* fue percibido y entendido de entrada como un proceso en cuyo curso una comprensión instrumental del derecho, asentada sobre una idea de justicia articulada en términos de Estado social, recubrió, desplazó y finalmente relevó al modelo liberal del derecho. Este proceso que disolvía la unidad clásica y la articulación sistemática de lo que se entendía que era el único orden jurídico racional, fue percibido por la jurisprudencia alemana como una *crisis del derecho*.

La controversia sostenida a principios de los años cincuenta entre constitucionalistas alemanes acerca del rango y posición de la cláusula relativa al Estado social en la arquitectónica de la *Grundgesetz* (Constitución) de la República Federal de Alemania, una de las partes atacaba lo que la otra ofensivamente sostenía. Se discutía acerca de la opción normativa por uno de dos paradigmas jurídicos que competían entre sí. La premisa subyacente de que esos dos paradigmas constituían una alternativa completa sólo fue puesta en cuestión cuando se hicieron notar, también políticamente, las consecuencias laterales y funcionales de ese Estado social que había logrado imponerse con éxito. Un aspecto especialmente preocupante (desde el punto de vista jurídico) de esa «crisis del Estado social» de la que ahora empezaba a hablarse, era la «insensibilidad» que mostraban las crecientes burocracias estatales frente a las restricciones que sus actuaciones suponían para la autodeterminación individual de sus clientes, una debilidad del paradigma jurídico ligado al Estado social que resultaba simétrica a la «ceguera social» del derecho formal burgués. Desde los años setenta la discusión acerca de los paradigmas jurídicos se ha tornado en cierto modo reflexiva. La descripción historiográfica del cambio de paradigma ha quitado a la comprensión paradigmática que del derecho tiene cada cual el *status* de un saber de fondo que se limita a prestar *intuitivamente* orientación. Así, la disputa acerca de la correcta comprensión paradigmática del derecho se ha convertido en tema expreso de la dogmática jurídica.

La inabarcable estructura de un orden jurídico que no se deja reducir ni a programas condicionales ni a programas finalistas como forma privilegiada de regulación, pero que con la ampliación de las normas procedimentales y de las normas de organización, tampoco

3. F. Wieacker, «Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft», en Id., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M., 1974, p. 5.

y la autodestrucción pueden tener efectos acumulativos que den lugar a un «trilema regulatorio»[79]. Por otro lado, el sistema político fracasa en su calidad de lugarteniente de la integración social cuando las decisiones (por efectivas que fueren) ya no pueden hacerse derivar del derecho legítimo. La circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho queda neutralizada cuando el sistema administrativo se autonomiza frente al poder comunicativamente generado, cuando el poder social de los sistemas funcionales y de las grandes organizaciones (incluyendo los medios de comunicación) se transforma en poder ilegítimo y cuando los recursos del mundo de la vida no bastan para comunicaciones públicas espontáneas que puedan garantizar que los intereses sociales puedan expresarse de manera no distorsionada ni forzada. La autonomización del poder ilegítimo y las debilidades de la sociedad civil y del espacio de la opinión pública política pueden agudizarse y dar lugar a un «dilema legitimatorio» que en determinadas circunstancias se conjunta con el «trilema regulatorio» dando lugar a un círculo vicioso. Entonces el sistema político cae en el remolino de un déficit de legitimación y de un déficit de regulación o control sistémicos, que se refuerzan mutuamente.

(*d*) Tales crisis pueden explicarse en todo caso recurriendo a la historia. Pero no están de tal suerte inscritas en las propias estructuras de las sociedades funcionalmente diferenciadas, que quede desautorizado de antemano el proyecto de no dejarse representar sino por sí misma una comunidad de libres e iguales no quedando sujetos a otras reglas que las que ellos mismos se autoimponen por vía de derecho. Sin embargo, sí que son sintomáticas de esa peculiar inserción asimétrica del sistema político articulado en términos de Estado de derecho en procesos circulares altamente complejos, de la que los actores han de hacerse una imagen cuando, en actitud realizativa, quieren implicarse con éxito, como ciudadanos, como diputados, como jueces, como funcionarios, etc., en la realización del sistema de los derechos. Y porque estos derechos pueden interpretarse de formas distintas con el cambio de los contextos sociales, la luz que arrojan sobre las situaciones se refracta formando el espectro que representan paradigmas jurídicos históricamente cambiantes. Las constituciones históricas pueden entenderse como otras tantas interpretaciones de una y *la misma* praxis, de la praxis de autodeterminación de miembros iguales y libres de una comunidad jurídica; pero, como toda praxis, también ésta viene situada históricamente. Los participantes han de partir de la concreta forma histórica que esa praxis tiene *para ellos* si es que quieren aclararse sobre el significado que esa praxis tiene *en general*.

79. G. Teubner, «Reflexives Recht»: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie* 68 (1982), pp. 13 ss.

IX

PARADIGMAS DEL DERECHO

Desde las grandes codificaciones del siglo XVIII a más tardar el derecho vigente resulta primariamente aprehensible en forma de textos: las proposiciones normativas contenidas en los códigos dicen qué normas han de considerarse vigentes. Tales proposiciones normativas constituyen la base de la jurisprudencia. Y desde la perspectiva de ésta la dogmática jurídica se esfuerza por interpretar el derecho vigente. La teoría del derecho y la historia del derecho cultivan una ulterior objetivación de la comprensión de textos legales y sistemas de reglas, si bien en direcciones opuestas. Mientras que la teoría del derecho, como hemos visto, mediante una abstracción generalizadora cobra distancia respecto del trabajo de interpretación referido al caso particular, en que consiste la práctica de las decisiones judiciales, pero sin tener que abandonar la perspectiva del participante como tal, la mirada objetivadora del historiador se dirige a los contextos sociales en los que está inserto el derecho como sistema de acción y de los que se nutren también los supuestos básicos que implícitamente acompañan a la administración de justicia y a la dogmática contemporánea del derecho. Desde esta perspectiva de observador ábrense esos nexos de sentido que permanecen latentes para los implicados mismos y que objetivamente establecen una conexión entre el sistema jurídico y su entorno social, y también subjetivamente, a través de la imagen que los juristas se hacen de sus contextos sociales. Y entonces queda claro que los expertos no sólo interpretan las distintas proposiciones normativas a partir del contexto que esas proposiciones tienen en el *corpus* del derecho considerado en conjunto, sino también desde el horizonte de una precomprensión de la sociedad contemporánea, la cual resulta rectora en todo su trabajo de interpretación. En este aspecto la interpretación del derecho es siempre también una respuesta a los desafíos de una situación social percibida de determinada manera.

descarga en modo alguno suficientemente al legislador de la necesidad de regular materias complejas y ámbitos funcionales que obedecen a su propia lógica interna, ha servido de acicate para ponerse a *buscar un nuevo paradigma* allende las alternativas conocidas[4]. No son atípicas del carácter aporético de la situación actual de la argumentación las indicaciones tentativas con las que D. Grimm despide al lector de su estudio sobre «El futuro de la Constitución». En esa última parte Grimm discute, como todavía veremos, las razones estructurales de los déficit de regulación y de la decreciente fuerza vinculante que ofrece el derecho constitucional y plantea al final la cuestión de si la propia idea de Constitución tiene todavía algún futuro: «Tras que la Constitución ya no logra incluir en su trama regulativa a todos los portadores de poder público, hay que contar con que tampoco puede abarcar todos los ámbitos de la actividad estatal. Tiene, pues, que empezar quedando abierta la cuestión de si una *comprensión distinta de la Constitución* podrá absorber esta pérdida de validez efectiva, o de si la Constitución se atrofiará convirtiéndose simplemente en un suborden u orden parcial»[5]. En Alemania la profesión jurídica parece verse ante la alternativa, o bien de articular convincentemente una comprensión del derecho que pueda asociarse con un proyecto constitucional cortado a la medida de las sociedades complejas[6], o bien de abandonar una comprensión normativa del derecho, es decir, de abandonar la expectativa de que la fuerza débil de las convicciones intersubjetivamente compartidas y formadas sin coacciones, el derecho pueda transformarla en un poder sociointegrador que en última instancia sea capaz de imponerse a todo mero poder, cualquiera sea la máscara con que éste aparezca[7].

En lo que sigue, y para concluir, examinaré si la comprensión procedimental del derecho desarrollada hasta aquí puede aportar algo en orden a decidir esta alternativa. Primero glosaré la *materialización* del derecho refiriéndome a lo ocurrido en algunos ámbitos del derecho privado y al giro social de los derechos fundamentales. El cambio de paradigma muestra que la autonomía privada, que viene establecida por el propio *status* de persona jurídica, ha de ser realizada de modo distinto en contextos sociales cambiantes (I). Los problemas que del desarrollo del Estado social resultan a la hora de

4. Una visión de conjunto sobre la discusión la ofrece H. D. Assmann, *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy*, Frankfurt a. M., 1980, cap. II.

5. D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a. M., 1991, p. 437 (el subrayado es mío).

6. U. K. Preuss, *Revolution, Fortschritt und Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, Berlin, 1990.

7. Es la conclusión que se impone cuando se adopta la descripción que la teoría de sistemas hace del sistema jurídico, cf. R. Wiethölter, «Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?», en A. Honneth *et al.*, *Zwischenbetrachtungen im Prozeß der Aufklärung*, Frankfurt a. M., 1989, pp. 794-812.

garantizar un ámbito de autonomía privada para la configuración de la propia vida individual, los trato recurriendo a la dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad fáctica. Las consecuencias no apetecidas de la juridificación atraen la atención sobre la relación interna que se da entre autonomía privada y autonomía pública. A las consecuencias no deseadas de las prestaciones del Estado social sólo puede hacerles frente una política de cualificación del papel del ciudadano, por la que los derechos a recibir prestaciones sociales queden basados únicamente en un *status* de ciudadano que garantice simultáneamente la autonomía privada y la autonomía pública (II). De los cambios que se han producido en el catálogo de tareas estatales y de la ampliación del ámbito de actuación de la Administración resultan también problemas para la división de poderes. A la autoprogramación de una Administración autonomizada y a la delegación no autorizada de facultades estatales puede hacérseles frente mediante un desplazamiento de la división funcional de poderes al seno mismo del sistema administrativo, mediante nuevos elementos de participación y control, introduciendo espacios públicos específicos para cada ámbito (III).

I

(1) Para la comprensión paradigmática que del derecho tiene una determinada época de la sociedad se han introducido expresiones tales como «ideal social» o «modelo social», «visión social» o también simplemente «teoría». En todos los casos esas expresiones se refieren a esas imágenes implícitas de la propia sociedad que dan una perspectiva a la práctica de la producción legislativa y de la aplicación del derecho, o, dicho en términos generales, dan una orientación al proyecto de realización de esa asociación de miembros libres e iguales que es la comunidad jurídica. Las investigaciones historiográficas sobre el cambio de paradigmas, y las aportaciones de la dogmática jurídica a la disputa sobre ese cambio, se limitan, empero, a las interpretaciones profesionales del derecho vigente. Un paradigma jurídico es algo que en primera línea se infiere de las decisiones judiciales que, en virtud de los criterios que fuere, se consideran ejemplares, y las más de las veces suele equipararse a la imagen implícita que de la sociedad tienen los jueces. Apoyándose en la «sociología del conocimiento» desarrollada en el contexto de la fenomenología social F. Kübler habla, por ejemplo, de la «construcción social de la realidad» que en el discurso jurídico subyace en los discursos sobre hechos, es decir, en la descripción y valoración de los decursos fácticos y modos de funcionamiento de los sistemas sociales de acción: «los "hechos" son expectativas de com-

portamiento y motivaciones del comportamiento, referidas recíprocamente las unas a las otras, interacciones humanas, pequeñas partículas de la gran corriente de decursos sociales trabados de múltiples modos unos con otros. O dicho más exactamente: no son estos decursos mismos, sino las representaciones que el tribunal se hace de esos decursos»[8]. H. J. Steiner llama a las ideas implícitas de los jueces, relativas a teoría de la sociedad, una «visión social». Ésta constituye el contexto cuando los jueces, al fundamentar sus decisiones, establecen hechos y refieren los hechos a normas: «Por visión social... entiendo las percepciones de los tribunales acerca de la sociedad (de su estructura socioeconómica, de sus patrones de interacción social, de sus objetivos morales, de sus ideologías políticas), acerca de los actores sociales (de su carácter, de su conducta, de sus capacidades), y acerca de los accidentes (de sus causas, de su volumen y de sus repercusiones)!»[9]. Refiriéndose a la jurisprudencia americana sobre daños y perjuicios Steiner explica el concepto: «Ese concepto incluye la comprensión que los tribunales tienen de materias tan variadas como la incidencia de los costes sociales de los accidentes, la operación de los mecanismos de formación de precios en el mercado, la capacidad de los individuos para una conducta prudente, la racionalidad burocrática de las formas de negocios, los efectos de las cláusulas estándar que los contratos contienen, y las ideologías del crecimiento o la distribución en el siglo XIX u hoy. La visión social abarca no sólo observaciones empíricas (el número de accidentes de automóvil), sino también caracterizaciones valorativas de los sucesos (la ausencia de libre elección en un contexto dado y sentimientos de desaprobación o empatía hacia aquello que se describe (una "dura" negociación, o una "trágica" pérdida)».

Mientras tanto, el fenómeno de esa inevitable comprensión de fondo, de esa subyacente teoría de la sociedad, ya no constituye sólo objeto de una historia del derecho que proceda en términos descriptivos, sino que de él se han vuelto también conscientes la dogmática jurídica y la práctica jurídica. Hoy la jurisprudencia ya no puede comportarse ingenuamente respecto a su propio «modelo social». Y porque la comprensión paradigmática del derecho ha perdido la inocencia de un saber orientador que actuase solamente a espaldas de los implicados en la práctica jurídica, tal comprensión de fondo exige hoy una justificación en términos autocríticos. Tampoco la dogmática jurídica, tras tal paso reflexivo, puede eludir ya la cuestión del paradigma «correcto». Así Kübler da un giro constructivo a su planteamiento articulado inicialmente en términos descriptivos,

8. F. Kübler, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe, 1975, p. 9.

9. H. J. Steiner, *Moral Argument and Social Vision*, Madison, Wisc., 1987, p. 92.

cuando constata «que el derecho privado necesita de forma cada vez más urgente de una explicación y justificación de sus referencias a, y de sus relaciones con, la sociedad global, lo cual significa: tanto de su propio nacimiento como de su forma de funcionar en la sociedad», y ello porque «los intentos habituales de explicación», sea el que representa el modelo liberal, sea el que representa el modelo relativo al Estado social, «ya no tienen suficiente capacidad de convicción»[10]. El paradigma buscado habría de satisfacer a la mejor descripción de las sociedades complejas; habría de hacer nuevamente visible la idea original de autoconstitución de una comunidad jurídica compuesta de miembros iguales y libres; y habría de superar el prolífero particularismo de un orden jurídico que en su adaptación a la complejidad de un entorno social, de la que carece de concepto, parece haber perdido su centro y deshilacharse en términos incrementalistas. La fijación de Kübler en la imagen que de la sociedad tienen los jueces apoya además la idea de que la ciencia jurídica ha de resolver esa tarea por su propia cuenta.

Pero la decisión del historiador de servirse de los datos fácilmente accesibles que representan los textos legales y sus aplicaciones, una decisión desde luego convincente desde el punto de vista de la organización de las pesquisas historiográficas, no debe conducir a identificar el paradigma que viene inscrito en un determinado sistema jurídico con la economía de representaciones de los administradores profesionales de ese sistema jurídico. Cuando se procede a tal identificación resulta fácil concluir que a la ciencia jurídica le bastaría ponerse interdisciplinarmente en contacto con las ciencias sociales, para filtrar críticamente la función de crear norma que tienen «las representaciones de los jueces, que aquí se recogen bajo el título de "teoría"» y desarrollar a partir de ello una comprensión paradigmática del derecho que pueda presentarse ella misma con *pretensiones teoréticas*. Conforme a esta concepción, el nuevo paradigma podría resultar de una clarificación de las teorías «naturales» de los jueces, efectuada en términos de ciencia jurídica y ciencia social, y adoptar él mismo la forma de una teoría, y ello «como suma de las ideas que, asentadas sobre convicciones comunes, los jueces tienen sobre el decurso de los procesos sociales, sobre los patrones de expectativas y mecanismos de integración que constituyen a la comunidad». Tal teoría tendría «carácter dispositivo: determina y establece de qué modo se entiende y se interpreta la ley; fija en qué lugares, en qué dirección y con qué alcance el derecho legislado ha de ser complementado y modificado mediante la dogmática jurídica y el

10. F. Kübler, «Privatrecht und Demokratie», en F. Baur *et al.* (eds.), *Festschrift für Ludwig Raiser*, Tübingen, 1974, p. 719.

derecho de los jueces; todo lo cual significa: esa teoría se hace en parte responsable del futuro de la existencia social»[11].

Kübler insiste en la ganancia metodológica que paradigmas jurídicos adecuados suponen, como hemos mostrado, para la práctica de las decisiones judiciales: esos paradigmas reducen la complejidad de la tarea de decidir el caso particular de una forma a la vez consistente y racional, es decir, a la luz de un sistema jurídico coherentemente ordenado. Se percata también de que la «teoría» exigida no solamente sirve al autoentendimiento de la profesión jurídica, sino que cumple además funciones de legitimación para los tribunales en el trato con sus (de los tribunales) clientes. En lo tocante a decisiones en materias de derecho civil, decisiones que son las que Kübler tiene a la vista, la «teoría» exigida habría de explicar las construcciones básicas «en términos inteligibles para todos», de modo que «esa teoría aportaría un acuerdo acerca de las condiciones de funcionamiento de la práctica del derecho privado»[12]. Pero es este punto donde, a más tardar, suscítanse dudas acerca de si la disputa en torno al paradigma jurídico correcto ha de dirimirse sólo en forma de una disputa entre expertos, de si el paradigma mismo puede adoptar la forma de una teoría fundada en términos de ciencia jurídica.

No resulta, ciertamente, menos unilateral desplazar de un plumazo el foco de la discusión desde los tribunales a la población, es decir, a la totalidad de los clientes de esos tribunales. En este sentido L. M. Friedman defiende la tesis de que el cambio estructural de la sociedad se traduce en un cambio del derecho mismo a través de la cultura jurídica, lo cual quiere decir: a través del cambio de la comprensión paradigmática que la totalidad de la población tiene del derecho: «Cultura jurídica significa aquí las ideas, opiniones, valores y actitudes acerca del derecho, que la gente trae consigo en sus cabezas. Y si se me pregunta qué gente, mi respuesta es: la que se quiera, cualquier grupo y a cualquier nivel de generalidad»[13]. Desde este ángulo de mira de sociología del derecho, las mudanzas de la cultura jurídica y de la conciencia jurídica tienen, ciertamente, un carácter cuasinatural. Pero la propuesta de Friedman no hace justicia a la circunstancia de que, mientras tanto, se ha cobrado conciencia de la competencia entre esos dos paradigmas que se han vuelto ambos problemáticos. Ello es consecuencia de la movilización del derecho por un legislador democrático que, por su parte, no actúa, ciertamente, ni en el aire ni en el vacío. La fuerza movilizadora que la actividad legislativa tiene, hace recordar a la población, en tanto que público de ciudadanos, su (de esa población) papel de autor, y

11. F. Kübler, *Über die praktischen Aufgaben zeitgemäßer Privatrechtstheorie*, pp. 51 s.
12. *Ibid.*, p. 60.
13. L. M. Friedman, «Transformations in American Legal Culture. 1800-1985»: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985), p. 191.

no solamente el papel de clientes de la administración de justicia y de la administración pública en general.

Los paradigmas jurídicos, mientras funcionan en forma de un saber atemático de fondo, se apoderan de la conciencia de todos los actores, de la conciencia de los ciudadanos y de los clientes, no menos que de la del legislador, la Justicia y la Administración. El agotamiento del paradigma vinculado al Estado social ha tenido por consecuencia problemas jurídicos que, ciertamente, empezaron imponiéndose a los expertos en derecho y moviéndoles a un estudio de los modelos sociales inscritos en el propio derecho. Ciertamente, también los intentos de la dogmática jurídica de escapar a la alternativa «fijación al derecho ligado al Estado social» o «retorno al derecho formal burgués» y de establecer conexiones más o menos híbridas entre ambos modelos, han fomentado una comprensión reflexiva de la Constitución, si es que no han sido ellos mismos quienes han suscitado esa comprensión: pues en cuanto se entiende la Constitución como un exigente proceso de realización del derecho, plantéase la tarea de situar tal proyecto históricamente. Y entonces todos los actores participantes han de hacerse una idea acerca de cómo poner eficazmente en práctica el contenido normativo del Estado democrático de derecho en el horizonte de las estructuras sociales y de las tendencias evolutivas en cuyo seno esos actores se encuentran. La disputa en torno a la correcta comprensión paradigmática de un sistema jurídico que, volviéndose sobre sí, se sabe parte del conjunto de la sociedad, es en su núcleo una disputa política. En el Estado democrático de derecho esa disputa concierne a todos los implicados, no puede efectuarse solamente en las formas esotéricas de un discurso de expertos desligado del espacio público-político. La justicia y la dogmática jurídica, en virtud de la prerrogativa en lo tocante a toma de decisiones y, en general, en virtud de sus experiencias y conocimientos profesionales, están implicadas de un modo privilegiado en esta disputa de interpretaciones; pero no pueden invocar su autoridad científica para imponer a los demás una comprensión de la Constitución, de la que el público de ciudadanos ha de empezar convenciéndose.

(2) Como demuestra la disciplina o materia de la que provienen los autores mencionados hasta aquí, el cambio de paradigma se notó y discutió primero dentro del derecho privado. Particularmente en Alemania esto no fue un azar. Pues aquí el derecho privado se desarrolló en el marco de la monarquía constitucional como un ámbito del «derecho de jueces» y del «derecho de la ciencia jurídica». Sin verse afectado por la fuerza configuradora de un orden constitucional democrático, el derecho privado logró obtener en el curso del siglo XIX, es decir, hasta la codifición que representó el Código de Derecho

Civil de 1900, la completud y clausura sistemáticas de un ámbito jurídico autónomo y cerrado. Bajo la premisa de la separación entre el Estado y la sociedad la elaboración dogmática del derecho privado partía de que éste, a través de la organización de una sociedad despolitizada, centrada en la economía, sustraída a las intervenciones estatales, garantizaba el *status* de libertad *negativa* de los sujetos jurídicos y, por tanto, el principio de libertad jurídica, mientras que, en términos de división del trabajo, el derecho público quedaba asignado a la esfera del Estado autocrático, esfera en la que su función consistía en refrenar a una Administración que opera bajo reserva de intervención y a la vez, con la protección de los derechos individuales, en garantizar el *status* jurídico *positivo* de los ciudadanos. Ciertamente, se puso ya en marcha una materialización del derecho privado en el sentido de un cumplimiento más bien autoritario de deberes de protección social; pero sólo con el establecimiento de la República de Weimar cayeron las bases que esa supuesta autarquía del derecho privado tenía en el derecho constitucional; desde entonces ya no fue posible «oponer el derecho privado como reino de la libertad individul al derecho público como campo de actuación de la coerción del Estado»[14]. El final de la primacía material del derecho privado sobre el derecho constitucional, final que la disolución fáctica de una «sociedad de derecho privado» (F. Böhm) ideológicamente sostenida y mantenida, no hizo sino sellar, es considerado retrospectivamente por la dogmática alemana del derecho civil como un «avasallamiento» del derecho privado por principios del derecho público y como «destrucción» del edificio autónomo de un sistema jurídico unitario.

La primacía de la Constitución democrática sobre el derecho privado significaba que de aquí en adelante el contenido normativo de los derechos fundamentales habría de desarrollarse a través de un legislador activo dentro del propio derecho privado: «A quien legisla en el ámbito del derecho privado le viene asignada por el derecho constitucional la tarea de transformar el contenido de los derechos fundamentales, diferenciándolo y concretizándolo, en derecho inmediatamente vinculante para los implicados en una relación de derecho privado. A él le compete en principio el cuidarse de las múltiples modificaciones que exige la realización de la influencia de los derechos fundamentales sobre el derecho privado»[15]. Cuando este proceso, tras la Segunda Guerra Mundial, se vio acelerado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ni las quejas sobre la desintegración del orden jurídico, ni tampoco medidas urgentes de tipo definitorio fueron bastante para dar acomodo en las categorías

14. L. Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin, 1971, p. 20.
15. K. Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*, Madrid, 1995, pp. 63-64.

tradicionales a tal cambio de situaciones jurídicas. Y ello, para una dogmática del derecho civil reducida a una actitud defensiva, representó un particular acicate para proceder a una reflexión sobre los supuestos de fondo de tipo no jurídico que, como premisas tácitas, habían servido de base a esa división entre derecho privado y derecho público, que ahora empezaba a tambalearse.

Pero objetivamente, desde el siglo XIX se ha efectuado un cambio social similar del derecho también en sociedades (comparables) con otras tradiciones jurídicas. También en estos casos hubo ocasión de investigar, sobre todo en el ámbito del derecho privado, el desplazamiento y relevo del modelo liberal del derecho por el modelo de derecho ligado al Estado social. Manifiestamente, el Estado social, aun con independencia de las especiales razones que subyacen en la evolución jurídica alemana, representa un desafío para el derecho privado[16]. Veremos que los cambios sociales ocurridos, los cuales hacen que nos percatemos del cambio de paradigma, obligan a no entender ya la *relación* entre autonomía privada y autonomía ciudadana como una contraposición, sino como un recíproco plexo de remisiones. Pero esta tarea confronta al derecho civil, el cual está cortado a la medida del *status* negativo de los sujetos jurídicos, con mayores problemas que al derecho público, el cual mantiene siempre de por sí a la vista todos los aspectos del *status* de ciudadano. Es lo que queda de manifiesto en una de las primeras tentativas que se hicieron de ordenar conforme a puntos de vista sistemáticos la inabarcable situación de confusión y mezcla entre derecho privado y derecho público, que se produce dentro del derecho privado.

Mientras que la autodeterminación individual en el sentido de la libertad negativa de hacer o dejar de hacer lo que uno quiere, el derecho privado clásico la veía suficientemente garantizada mediante los derechos de personas y la protección jurídica frente a los delitos, y sobre todo mediante la libertad de contrato (en especial en lo concerniente al intercambio de bienes y servicios) y mediante el derecho de propiedad (con las garantías relativas a uso y disposición, también en lo tocante a transmisión hereditaria) en conexión con las garantías concernientes a la institución del matrimonio y de la familia, esta situación cambió radicalmente con el nacimiento de nuevos ámbitos jurídicos (como el derecho laboral, el derecho social y el derecho económico), así como también a causa de la «materialización» del derecho relativo a contratos, delitos y propiedad. En múltiples aspectos se entreveraban y se mezclaban principios que hasta ese momento podían asignarse, o bien al derecho privado, o

16. Para los países anglosajones cf. P. S. Atiyah, *The Rise and Fall of Contract of Freedom*, Oxford, 1979; L. M. Friedman, *Total Justice*, New York, 1985; H. J. Steiner, *Moral Argument and Social Vision*, Madison, Wisc., 1987.

bien al derecho público. El derecho privado, considerado *en conjunto*, parecía ahora haber de ir más allá del aseguramiento de la autodeterminación individual y servir a la realización de la justicia social: «Con ello el aseguramiento de la existencia de los miembros de la comunidad jurídica y la protección del más débil obtiene, también en el ámbito del derecho privado, el mismo rango que la persecución de intereses privados»[17]. Consideradas las cosas desde esta perspectiva, puntos de vista de ética social penetran en ámbitos jurídicos que hasta entonces sólo podían ensamblarse como un todo desde el punto de vista de la garantía de la autonomía privada. El punto de vista de la ética social exige una interpretación diferenciadora de relaciones jurídicas formalmente iguales, pero materialmente distintas, interpretación y relaciones en las que unas mismas instituciones jurídicas cumplen diversas funciones sociales.

Pues bien, a fin de ordenar ámbitos jurídicos dispares y heterogéneos L. Raiser recurrió a la teoría del rol social para distinguir «esferas» o ámbitos de acción cuyo «grado y contenido de publicidad» guardaría una relación inversa con la intensidad de la protección jurídica individual garantizada. La intensidad de la protección decrece cuanto más el individuo a través de sus roles sociales se ve envuelto en una red de interdependencias sociales, o, dicho en otro lenguaje teórico, cuanto más sus espacios de opción quedan determinados por procesos no individualmente influibles de los sistemas funcionales de la sociedad y de las grandes organizaciones sociales: «Si el derecho público relativo a policía, actividades industriales, a trabajo o a funcionariado me clasifica conforme a mi actividad profesional, las normas de derecho privado me conciernen como productor o consumidor, como padre de familia, como propietario de la casa en que vivo o como inquilino de ella, como miembro de una sociedad deportiva y de una asociación profesional, como conductor, y ello con derechos y deberes distintos, adecuados a cada una de estas distintas situaciones. Las instituciones de derecho privado empleadas en esas situaciones, como son el contrato, la propiedad y el patrimonio, la pertenencia a una asociación en calidad de miembro, la responsabilidad penal, pueden ser las mismas; sin embargo, su función y su valoración cambian según sea la situación típica y el contenido de publicidad de (o la medida en que quepa considerar público a) el ámbito de que se trate»[18]. Raiser establece, pues, un deslinde entre una esfera de la vida privada en sentido estricto (que incluiría la esfera íntima doméstica de la vivienda, la familia y el matrimonio, el ámbito del tiempo libre y del consumo, la vida en el club o asociación primaria, etc.) y una esfera privada en sentido lato, determinada por intereses

17. K. Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 73.
18. L. Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin, 1971, pág. 29.

tipificados de grupos. Aquí los individuos, en su papel de clientes, dependerían, por ejemplo, de relaciones de trabajo y alquiler, o de empresas de transporte y suministro. En cambio, la «esfera social» vendría dominada por interacciones entre corporaciones empresariales, grandes organizaciones, federaciones y estructuras intermedias de todo tipo, que a través del ejercicio de poder económico y poder social influyen sobre las decisiones de los individuos. Esta teoría de las esferas que también ha dejado su impronta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán[19], tiene un cierto valor descriptivo. Pero su intención propiamente dicha consiste en subrayar convincentemente el núcleo ético de los derechos subjetivos privados recurriendo para ello a un concepto sociológico de vida privada.

El principio de libertad jurídica, principio que inicialmente vino asociado con el derecho privado clásico, exige «que el individuo tenga el grado mayor posible (relativamente a las posibilidades jurídicas y fácticas) de libertad de hacer o dejar de hacer lo que quiera»[20]. Este principio coincide con el derecho general del hombre de Kant, el derecho al grado mayor posible de iguales libertades subjetivas de acción. Como los espacios de opción de sujetos que actúan atenidos a su propio arbitrio han de venir restringidos lo menos posible por prohibiciones o mandatos, ese principio *garantiza* directamente los espacios de acción negativamente delimitados para la persecución de los propios intereses de cada cual; pero a la vez *posibilita* una configuración autónoma de la existencia en el sentido *ético* de persecución de un proyecto de vida racionalmente elegido que sea expresión de la «autonomía», de la «autorresponsabilidad» y del «libre desarrollo» de la personalidad. La libertad positiva de la persona ética se realiza en la ejecución consciente de la propia biografía individual y se manifiesta en aquellos ámbitos básicos de la vida privada en los que las vidas de quienes pertenecen a un «mundo de la vida» intersubjetivamente compartido se entrelazan en el marco de tradiciones comunes y en el plano de las interacciones simples. En tanto que libertad ética, esta libertad escapa a la regulación jurídica, pero viene posibilitada por la libertad jurídica. Y, por cierto, son las libertades clásicas del derecho privado —derechos personales y derechos de protección individual, autonomía de contrato y derechos de propiedad, derecho de asociación privada— los que protegen esa esfera más íntima en la que la persona ética puede abandonar la cáscara del sujeto jurídico y, por así decir, documentar el valor metajurídico de uso, en este caso el valor ético de uso, de la libertad jurídica[21].

19. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. 349-353.
20. *Ibid.*, p. 340.
21. Sobre la distinción entre el concepto moral, el concepto jurídico y el concepto ético de persona cf. R. Forst, *Kontexte der Gerechtigkeit*, manuscrito, 1992. Se trata asimismo de un concepto metajurídico de persona cuando K. Hesse describe el tipo de hombre al

Pero si prescindimos de su fuerza fenomenológica, la teoría de las esferas resulta insatisfactoria, y ello no sólo porque simplifica los complejos contextos funcionales de la sociedad y los obliga a encontrar acomodo, de una manera supersimplificada, en un modelo espacial de esferas de la vida, cuyo «contenido público» o «grado de publicidad» apenas si son operacionalizables. La debilidad propiamente dicha de la teoría consiste en que los criterios jurídicos para el enjuiciamiento y para la clasificación sistemática de los distintos ámbitos jurídicos los sustituye por vagos indicadores sociales. Este desplazamiento da pie a la falsa suposición de que el ámbito de validez de la idea clásica de la autonomía privada habría quedado recortado por la pretensión de validez, políticamente impuesta, de otra idea que competiría con la primera, a saber, «la idea de la inserción social del individuo y de la responsabilidad social que para el individuo se sigue de ello»[22], y todo ello en favor de una concepción de la personalidad, profundizada en términos de ética social, que estrictamente no puede encontrar acomodo en conceptos jurídicos. Si bien es verdad que, en efecto, los cambios registrados en el derecho privado se explican por un cambio en la comprensión de la autonomía privada, inducido por un *cambio de paradigma jurídico*.

Como el mecanismo del mercado no funciona como se supone en el modelo jurídico liberal, ni tampoco la sociedad económica constituye, como ese modelo *supone*, una esfera exenta de poder, el principio de libertad jurídica, habida cuenta del cambio de circunstancias sociales, tal como ese cambio es percibido en el modelo del Estado social, sólo puede imponerse por vía de una «materialización» de los derechos existentes y por vía de crear nuevos tipos de derechos. La idea de autonomía privada, que se expresa en el derecho al grado mayor posible de iguales libertades subjetivas de acción, no ha cambiado en absoluto. Lo que ha cambiado han sido los contextos sociales percibidos en los que ha de realizarse por igual la autonomía privada de cada uno. Con la autonomía privada queda garantizado a cada cual su *status* de persona jurídica; pero éste está muy lejos de fundarse solamente en la protección de un ámbito de vida privada en sentido sociológico, aun cuando sea sobre todo en él donde la libertad jurídica pueda *acreditarse* como posibilitación de la libertad ética. El *status* de un sujeto jurídico libre, autónomo en el sentido del derecho privado, viene constituido por la totalidad de

que «se remite» el orden constitucional de la *Grundgesetz* alemana: «Es el tipo de hombre como "persona"; como un ser con un valor intrínseco que no está a disposición de nadie, que está llamado a desarrollarse libremente, que a la vez está referido a la comunidad y depende de la comunidad y que, por tanto, también está llamado a contribuir responsablemente a la configuración de la convivencia humana» (K. Hesse, *Derecho constitucional y derecho privado*, p. 87).

22. L. Raiser, *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin, 1971, p. 9.

todos los derechos relativos a acciones y relativos a *status*, que resulten de la configuración políticamente autónoma del principio de libertad jurídica. De ahí que el deslinde jurídico de un «ámbito intangible de configuración privada de la propia existencia» sólo pueda tener el sentido de que las restricciones que, llegado el caso, hubieran de introducirse en ese ámbito, habrán de venir sostenidas por razones particularmente importantes[23]; pero no significa que todos los derechos que puedan utilizarse para una configuración privada y autónoma de la propia existencia hubieran de referirse a la protección de una esfera privada normativamente peraltada desde puntos de vista «éticos» y sólo delimitable en términos sociológicos.

Sobre todo, la restricción de las libertades fundamentales clásicas en esa «esfera social» (contradistinta de la esfera privada en sentido estricto y de la esfera privada en sentido lato) de ningún modo puede hacerse derivar de la interferencia de otros principios jurídicos (como el de justicia social o el de responsabilidad social). Lo que aparece como restricción es sólo el reverso de la imposición de *iguales* libertades subjetivas de acción para todos; pues autonomía privada en el sentido de este derecho general de libertad implica un derecho general de igualdad, el derecho a un trato igual conforme a normas que garanticen la igualdad jurídico-material. Si de ello para una de las partes se siguen restricciones *efectivas* frente al *statu quo ante*, se trata no de restricciones normativas del principio, sino de la eliminación de aquellos privilegios que son incompatibles con la igual distribución de libertades subjetivas, exigida por ese principio.

(3) El modelo del Estado social (o modelo del derecho ligado al Estado social) surgió de la crítica reformista al derecho formal burgués. Conforme a este modelo una sociedad económica institucionalizada en términos de derecho privado (sobre todo a través de derechos de propiedad y libertad de contrato) habría de quedar separada del Estado como esfera de la realización del bien común y quedar abandonada a la actuación espontánea de los mecanismos de mercado. Esta «sociedad de derecho privado» estaba cortada a la medida de la autonomía de sujetos jurídicos que, sobre todo en su papel de participantes en el mercado, habrían de buscar su bienestar y encontrarlo a través de una persecución lo más racional posible de sus propios intereses. La expectativa normativa de que a través del deslinde de esferas de libertad individual, es decir, a través de la garantía de un *status* jurídico negativo (con la correspondiente pretensión de protección jurídica individual) habría de establecerse a la vez la justicia social, se basaba en el entrelazamiento del principio de libertad jurídica con el derecho general de igualdad. Pues el derecho

23. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 351.

de cada uno a poder hacer u omitir lo que quiera en el marco de la atenencia a las leyes, sólo se cumple bajo la condición de que esas leyes garanticen la igualdad de trato en el sentido de igualdad jurídico-material. Y ésta parecía venir garantizada por la propia generalidad abstracta de las leyes, es decir, por la propia forma de los programas jurídicos condicionales que para el derecho formal burgués se convierte en *la* forma jurídica *simpliciter*. Esta forma jurídica fue la forma típica de las normas de competencia y de las normas prohibitivas del derecho privado burgués (así como de los correspondientes derechos subjetivo-públicos con las simétricas reservas de intervención de una Administración ligada a la ley). Pero con ello la expectativa de realizar simultáneamente la justicia social a través de la articulación en términos de derecho privado del principio de libertad jurídica pasaba implícitamente a depender de la suposición de que se daban *condiciones* no discriminatorias *para la efectiva puesta en práctica* de las libertades que las normas del derecho relativo a propiedad, sucesión hereditaria y asociaciones otorgan. Esa expectativa se apoya tácitamente en determinadas hipótesis o suposiciones fácticas de teoría de la sociedad, sobre todo en supuestos de teoría económica relativos al equilibrio de procesos económicos organizados en términos de mercado (con libertad empresarial y soberanía del consumidor), así como en los correspondientes supuestos sociológicos acerca de una ancha dispersión de los patrimonios y una distribución aproximadamente igual del poder social que asegurarían la igualdad de oportunidades en el ejercicio de las competencias otorgadas por el derecho privado. Pues para que la libertad del «poder tener y adquirir» cumpla expectativas de justicia, tiene que darse también una igualdad en la capacidad de ejercer las propias capacidades jurídicas.

Así, el modelo del derecho formal burgués, atenido la idea de contrato social, ofreció ya muy pronto puntos de ataque para una crítica empirista. Ésta condujo a una práctica reformista, que no descansa en un cambio de las premisas normativas, sino en una versión más abstracta de éstas. En las condiciones de un capitalismo organizado dependiente de tareas de infraestructura de que se encarga el Estado y dependiente también de la planificación de las condiciones marco por parte del Estado, y con una creciente desigualdad de posiciones económicas de poder, de valores patrimoniales y de situaciones sociales, no hizo sino volverse cada vez más visible el *contenido de derecho objetivo* de los derechos subjetivos privados. El derecho general a iguales libertades subjetivas, en un contexto social cambiado de tal suerte, ya no podía garantizarse sólo a través del *status* negativo de los sujetos jurídicos; más bien, resultó necesario, por un lado, especificar, en lo que a contenido se refiere, las normas del derecho privado y, por otro, introducir una nueva categoría de

derechos fundamentales que fundasen pretensiones a recibir prestaciones que representasen una distribución más justa de la riqueza socialmente producida (y una protección más eficaz frente a los riesgos producidos también por la sociedad). Consideradas las cosas normativamente, tanto la «materialización» de los derechos de libertad vigentes como la nueva categoría de derechos concernientes a prestaciones sólo son objeto de una *fundamentación relativa*, es decir, de una fundamentación referida, a su vez, a la equidistribución, absolutamente fundada, de las libertades subjetivas de acción jurídicamente protegidas. La «materialización» resulta «de que la libertad jurídica, es decir, la permisión jurídica de hacer u omitir algo, carece de valor sin libertad fáctica, es decir, sin la posibilidad efectiva de elegir entre lo permitido»; mientras que los derechos a recibir prestaciones sociales tienen su explicación en que «en las condiciones de la moderna sociedad industrial la libertad fáctica de un gran número de portadores de derechos fundamentales no tiene su sustrato material en un "ámbito de la vida que ellos sean capaces de controlar", sino en un ámbito que esencialmente depende de las actividades del Estado»[24]. Por lo demás, la Constitución democrática establece entre el derecho privado y el catálogo ampliado de derechos fundamentales una conexión que resulta obligatoria para el derecho privado y que deja además su poso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (basada en la doctrina de la «irradiación» o de la «eficacia frente a terceros» de los derechos fundamentales)[25].

Como ejemplos más notorios de la materialización del derecho formal burgués suelen aducirse las mudanzas registradas en los ámbitos clásicos que representan el derecho de propiedad y el derecho contractual. Así, la garantía de la propiedad se ha extendido, por un lado, allende la propiedad sobre cosas, a todos los valores patrimoniales de los derechos subjetivos (como los derechos relativos a la condición de miembro de una asociación, los derechos a pensiones y a expectativas de pensiones) de suerte que en muchos ámbitos esos «sucedáneos de propiedad que son de derecho público» han venido a asumir la función que el derecho de cosas tenía de garantizar la libertad. Por otro lado, la ligadura social o función social de la propiedad concierne a todos los objetos «que están en una relación social o en

24. *Ibid.*, pp. 487 s.

25. J. Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981; Ch. Joerges, «Die Überarbeitung des BGB, die Sonderprivatrechte und die Unbestimmheit des Rechts», en *Kritische Justiz*, 1987, pp. 166-182. En la República Federal de Alemania la «penetración» de los derechos fundamentales en el derecho privado se interpreta, o bien en el sentido de la vinculación del derecho civil a las normas constitucionales que representan los derechos fundamentales, es decir, como la exigencia de congruencia normativa a la que el derecho objetivo ha de responder, o bien en el sentido de una concretización en términos de derecho privado de derechos subjetivo-públicos «necesitados de pormenorización». Cf. H. H. Rupp, «Vom Wandel der Grundrechte»: *Archiv des öffentlichen Rechts* (1976), pp. 168 ss.

una función social» y ello de suerte que la fuerza obligatoria o efecto vinculante de la garantía de propiedad o de la garantía que el derecho fundamental de propiedad implica, «queda reducido a un núcleo relativamente estrecho de lo individual y de lo sumamente personal» (cogestión, expropiación e intervenciones equivalentes a una expropiación, desmembración de derechos de uso, etc.)[26]. H. Bethge ve en la garantía de la propiedad aquel derecho de libertad «cuya expresa vinculación o ligadura social no es sólo la que más ha avanzado en términos negativos, sino también en términos positivo-activos»[27].

Igualmente dramáticos considera la dogmática los cambios que se han producido en el derecho contractual, los cuales (a través de la atención a las relaciones contractuales fácticas y a la situación fáctica del contrato, a través de la atención a la situación de contratación forzosa o cuasiforzosa que se produce en lo concerniente al suministro de agua, gas y electricidad, a través de la teoría de la protección de la confianza, de las doctrinas del error en los motivos y de la vulneración positiva del contrato, y sobre todo a través de los controles del contenido del contrato y de la firma del contrato, a través de los correspondientes deberes de información, de asesoramiento y de cuidado) vienen a parar en una «objetivización» de las relaciones de intercambio. Al igual que en el caso del derecho de propiedad, también aquí la compensación de los «fallos, deficiencias y fracasos del mercado» en favor de quienes ocupan las posiciones de poder más débiles (trabajadores, inquilinos, consumidores, etc.) es el objetivo declarado de las regulaciones. Las tipificaciones concernientes a casos y situaciones de protección de la confianza legítima, las autovinculaciones, las obligaciones de cumplimiento, etc., se entienden como normas de protección social. El derecho contractual así «materializado» no deja ya la cuestión de la «rectitud» del contenido del contrato a la ficción de una libre manifestación de voluntad en conexión con la libertad de concluir contratos. También el «derecho a concluir contratos se considera parte de un derecho general privado concerniente a compensaciones por ventajas y relaciones de dependencia, sistémicamente inducidas, derecho que, en lugar de confiar en la ficción de la igualdad de los sujetos que concluyen el contrato, hace accesibles las ventajas o desventajas estructurales que esos sujetos puedan tener en lo tocante a información, poder y competencia a un análisis empírico y a la correspondiente valoración jurídicamente reguladora»[28].

26. H. J. Papier, *Eigentumsgarantie des Grundgesetzes im Wandel*, Heidelberg, 1984, p. 27.

27. H. Bethge, «Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik»: *Der Staat* 24 (1985), p. 369.

28. D. Hart, «Soziale Steuerung durch Vertragsabschlußkontrolle»: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1986), pp. 240 s.

Los desarrollos jurídicos mencionados a título de ejemplos, e iniciados sobre todo por vía jurisprudencial, nos interesan en nuestro contexto a causa de las premisas subyacentes, las cuales delatan una distinta percepción e interpretación de procesos sociales. La vinculación o ligadura social del derecho de propiedad, que la propia ley establece, o la intervención judicial en el contenido del contrato y en la conclusión del contrato persiguen la meta de compensar las asimetrías en las posiciones económicas de poder[29]. Este objetivo se justifica por el principio de iguales oportunidades en el ejercicio de las libertades jurídicas, justificación que tiene un doble frente, a saber, uno crítico, que consiste en la referencia al modelo social que se abandona (fracasos del mercado), y otro constructivo, que hace referencia a un modelo nuevo, precisamente al modelo ligado al Estado social y articulado él mismo conforme a las ideas a las que responde el Estado social. Esta nueva comprensión de fondo tiene dos componentes: por un lado, surge la imagen de una sociedad compuesta de ámbitos de acción funcionalmente especificados, que se vuelve cada vez más compleja y que empuja a los actores individuales a la posición marginal de «clientes» exponiéndolos a las contingencias de las operaciones de los subsistemas funcionales autonomizados; por otro lado, se mantiene en pie la expectativa de que esas contingencias puedan ser domadas normativamente utilizando poder administrativo, es decir, mediante las operaciones de control sistémico de un Estado social que actúe en términos preventivos o en términos reactivos.

Analizando el caso de la jurisprudencia americana sobre responsabilidad por daños, H. J. Steiner ha documentado convincentemente el cambio de paradigma que también puede observarse en Estados Unidos: «Lo que este cambio de la *common law* expresa no es un desplazamiento radical de las premisas políticas o jurídicas, sino más bien una tendencia en el pensamiento liberal por la que éste parece pasar de la visión e ideología de una sociedad más individualista que exigiese un marco facilitador por parte del Estado para el ejercicio de la actividad privada, a la visión e ideología de un Estado benefactor más planificador y redistributivo»[30]. La siguiente tabla opone las dos combinaciones de rasgos con los que las responsabilidades por daños y perjuicios, resultantes de transacciones comerciales, se describían y, *por tanto*, se interpretaban antes, desde un punto de vista liberal, y se interpretan hoy, en la perspectiva de regulaciones propias del Estado social:

29. Cf. La interesante fundamentación que el Tribunal Constitucional da a su resolución del 7 de febrero 1990 (I BvR 26/84) sobre el recurso de amparo contra una sentencia del Tribunal Supremo, *Juristenzeitung*, 1990, pp. 691 ss., en especial p. 692.

30. H. J. Steiner, *Moral Argument and Social Vision*, p. 9; cf. J. Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981, pp. 19 ss.

único	estadístico
individual, personal	categoría, impersonal
concreto, anecdótico	generalizado, depurado de detalles
ocasional, aleatorio	recurrente, sistémico
conducta aislada	parte de una actividad
impredecible (en lo particular)	predecible (en conjunto)
esperar y ver, fatalismo	manejable y controlable, planificación mediante seguros y regulación

Cuando se lee la tabla en el orden en que está escrita (es decir, desde la primera línea completa hasta la última), la diferencia de patrones de interpretación reflejada en cada línea se presenta como un cambio de perspectiva que un observador efectúe por vía de pasar de un nivel de descripción ligado a la acción a un nivel de descripción ligado al sistema: en la columna de la izquierda el punto de referencia lo constituye el actor individual en su entorno natural, es decir, en un entorno que cambia contingentemente; a ese actor, junto con la libertad subjetiva de acción, le es atribuida también la responsabilidad por las consecuencias de sus decisiones; en la columna de la derecha, los contextos de un sistema, estadísticamente descritos, constituyen el punto de referencia bajo el que las decisiones doblemente contingentes de las partes implicadas, junto con las consecuencias de esas decisiones, son consideradas como variable dependiente. En cambio, si se lee la tabla en sentido inverso (de abajo a arriba), la diferencia de patrones de interpretación se presenta como un desplazamiento de la perspectiva del actor: mientras que la sociedad, desde el punto de vista del modelo liberal, ligado al mercado, se presenta como resultado de fuerzas espontáneas y constituye algo así como una segunda naturaleza que escapa a la influencia de los actores individuales, desde el punto de vista del Estado controlador, regulador y socialmente configurador, pierde precisamente ese carácter cuasinatural. Tan pronto como los estados sistémicos empiezan a variar por encima de un determinado grado de «compatibilidad social», el Estado ha de autoatribuirse tales situaciones de crisis considerándolas consecuencia de un déficit de control o regulación.

El modelo del Estado social (es decir, del derecho ligado al Estado social) aparece en distintas versiones, según que se atribuya ingenuamente al Estado un mayor espacio de acción con posibilidades políticas de imponer su voluntad sobre una sociedad que estaría a disposición del Estado, o en términos más realistas se conciba al Estado como un sistema más entre otros que, dentro de un espacio de acción relativamente estrecho, ha de limitarse a impulsos reguladores o controladores de tipo indirecto. Pero mientras no se abandone la idea de que las funciones de control del Estado han de quedar

sujetas a la ligadura que representan los derechos individuales, es decir, mientras no se abandone esa idea en favor de las «pretensiones sistémicas», el modelo del Estado social cuenta en ambas lecturas con una competencia entre actores estatales y actores sometidos a la dominación del Estado que mutuamente se disputan sus respectivos ámbitos de acción. Las propiedades de actor que ese modelo *atribuye* a las instancias estatales ha de pagarlas, por así decir, al precio de la posición autónoma de los actores individuales. Ya se trate de un Estado activamente interviniente o de un Estado que se limite a observar y supervisar, todas las facultades que se le atribuyen para el ejercicio de sus funciones de control y regulación sociales, parece que hubiera que restárselas a la autonomía privada de individuos que se ven enredados en múltiples dependencias sistémicas. Desde este punto de vista entre los sujetos de acción estatales y los sujetos de acción privados se da un juego de suma cero: el aumento de competencias de los unos significa una pérdida de competencias de los otros. Conforme a las representaciones liberales, los sujetos de derecho privado, en el marco de una igual distribución de sus libertades de acción, sólo encontraron un límite en las contingencias de su situación social cuasinatural; pero ahora chocan con los procedimientos y métodos paternalistas de una voluntad política superior que, bien sea controlando, bien sea configurando ámbitos y situaciones, penetra en esa red de contingencias sociales con el fin de garantizar la igual distribución de libertades subjetivas de acción.

El paternalismo del Estado social ha suscitado la inquietante cuestión de si el nuevo paradigma es en realidad compatible con el principio de libertad jurídica. Esta cuestión se ha visto aún más agudizada por secuelas de la juridificación, de las que tienen la culpa las propiedades en modo alguno neutrales del poder administrativo como medio del que el Estado ha de servirse en sus intervenciones. Un Estado social que se cuida de la existencia de los individuos repartiéndoles oportunidades vitales, es decir, que con el derecho al trabajo, a la seguridad, a la salud, a la vivienda, a un mínimo de recursos, a la educación, al tiempo libre y a las bases naturales de la vida, empieza garantizando a cada cual la base material para una existencia humana digna, correría manifiestamente el peligro de mermar con esos sus penetrantes procedimientos y métodos precisamente la autonomía por mor de la cual se le ha encargado la función de cumplir los presupuestos fácticos que son menester para que los sujetos tengan igualdad de oportunidades a la hora de hacer uso de sus libertades negativas. Ésta es la razón por la que H. H. Rupp se vuelve contra esa comprensión de los derechos a recibir prestaciones sociales, es decir, contra esa comprensión de los «derechos sociales» como «derechos de participación» si se entiende este último término como «recibir uno su parte»: «Participación es lo contrario de un li-

bre "tener por cuenta propia", hace que la autodecisión individual, la autorrealización individual y la autorresponsabilidad individual se agoten en la participación meramente pasiva del sujeto en los platos ya cocinados del producto social general y restringe la "libertad" del sujeto al derecho a recoger la parte que le es atribuida y también a emplearla en el sentido de las instrucciones de uso. Esa interpretación en términos de "participación"... no tiene absolutamente nada que ver con el asegurar el surgimiento y despliegue de la libertad personal mediante el marco institucional que representan los derechos fundamentales»[31]. Si bien es correcto que el Estado social no puede reducir su aseguramiento del surgimiento y despliegue de la autonomía privada a derechos concernientes a prestaciones estatales relativas a seguridad y asistencia social, también es cierto que nada se consigue con solemnes apelaciones retóricas a la «comprensión liberal-occidental de la libertad». Pues la fundada crítica a la comprensión que, en lo referente a teoría subyacente de la sociedad, el derecho formal liberal tuvo de sí, impide un retorno al paradigma liberal del derecho. Por otro lado, las debilidades del modelo del Estado social podrían tener su origen en que ese modelo permanece todavía demasiado ligado a esa crítica y, por tanto, al estrechamiento que en términos de derecho privado, imponen las premisas de las que, aunque criticándolas, todavía se sigue partiendo.

Pues ambos paradigmas comparten la *imagen productivista* de una sociedad centrada en una economía articulada en términos de capitalismo industrial, la cual economía funcionaría de modo que, conforme a la lectura liberal, daría satisfacción a la expectativa de justicia social precisamente a través de la persecución privada y autónoma de los intereses individuales, método mediante el cual, según la segunda lectura, es decir, conforme a la lectura ligada a la autocomprensión del Estado social, esa expectativa de justicia social quedaría reducida a una nada. Ambos planteamientos quedan demasiado atenidos a las implicaciones normativas del funcionamiento social o del modo de funcionamiento de un *status* negativo protegido jurídicamente y, por tanto, a la cuestión de si basta con garantizar la autonomía privada mediante derechos de libertad, o de si el que se produzca la autonomía privada ha de quedar asegurado mediante el otorgamiento de derechos relativos a prestaciones sociales. En ambos casos se pierde de vista la interna conexión entre autonomía privada y autonomía ciudadana y, por tanto, el sentido democrático de la autoorganización de una comunidad jurídica. La disputa en que andan enzarzados los dos partidos se restringe a la determinación de los presupuestos fácticos del *status* de personas jurídicas en su papel

31. H. H. Rupp, «Vom Wandel der Grundrechte»: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1976, p. 180.

de destinatarios del orden jurídico. Pero éstos sólo son autónomos en la medida en que puedan entenderse a la vez como autores del derecho al que están sometidos como destinatarios.

Al fundamentar el «sistema de los derechos» vimos que la autonomía de los ciudadanos y la legitimidad del derecho *remiten* la una a la otra. En las condiciones de una comprensión postmetafísica del mundo sólo puede considerarse legítimo el derecho que surge de la formación discursiva de la opinión y la voluntad de ciudadanos dotados de unos mismos derechos. Éstos sólo podrán a su vez poner adecuadamente en práctica la autonomía pública garantizada por los derechos de participación democrática, en la medida en que les venga garantizada su autonomía privada. Una autonomía privada asegurada sirve a «asegurar el surgimiento» de la autonomía pública, al igual que, a la inversa, la adecuada puesta en práctica de la autonomía pública sirve a «asegurar el surgimiento y despliegue de la privada». Esta conexión circular se manifiesta también en la génesis del derecho vigente. Pues el derecho legítimo sólo se reproduce en forma de una circulación del poder regulada en términos de Estado de derecho, que ha de nutrirse de las comunicaciones que se producen en un espacio público-político no hipotecado por relaciones de poder y anclado en los ámbitos privados básicos del mundo de la vida a través de las instituciones de la sociedad civil. Con esta concepción de la sociedad la carga de las expectativas normativas se desplaza del nivel de las propiedades, competencias y espacios de acción de los *actores* al nivel de las formas de comunicación en las que se produce una interacción entre la formación informal, no institucionalizada, y la formación institucionalizada, de la opinión y la voluntad políticas. En vez del juego de suma cero entre los espacios de iniciativa de los sujetos de acción privados y los sujetos de acción estatales aparecen las formas de comunicación más o menos incólumes de las esferas privadas y públicas del mundo de la vida, por un lado, y del sistema político, por otro.

Esto no significa que se prescinda de las relaciones que el derecho dice a los actores. A diferencia de lo que acaece en ese anonimizador cambio de polo del derecho por el que los genuinos portadores de derecho quedan sustituidos por sucedáneos sistémicos, todos los derechos derivan en última instancia de ese «sistema de los derechos» que mutuamente se reconocerían sujetos jurídicos iguales y libres. La referencia a las relaciones de comunicación de las que surge el poder político, la referencia a formas de comunicación de las que depende la generación del derecho legítimo y a través de las que ese derecho legítimo se reproduce, esa referencia dirige la mirada hacia esas estructuras de reconocimiento recíproco que en forma abstracta, es decir, por medio del derecho legítimo, se extienden como una película que envolviese a la sociedad en conjunto. Un or-

den jurídico *es* legítimo en la medida en que asegura la cooriginaria autonomía privada y autonomía ciudadana de sus destinatarios; pero al propio tiempo *debe* su legitimidad a las formas de comunicación, sólo en las cuales puede esa autonomía expresarse y acreditarse. Ésta es la clave de una comprensión procedimentalista del derecho. Tras haberse revelado insuficiente la garantía que el derecho formal ofrece a la autonomía privada, y tras haberse visto que la regulación y control sociales por medio del derecho representa un riesgo para la autonomía privada que ese derecho tendría la función de restablecer, sólo puede ofrecernos una salida la tematización de la conexión entre formas de comunicación que garanticen simultáneamente la autonomía privada y la autonomía pública *en el propio punto de nacimiento o surgimiento de éstas*.

II

Pero hasta aquí el paradigma procedimental del derecho, que es el que habría de sacarnos del callejón sin salida del modelo del Estado social, sólo tiene todavía contornos muy confusos. Ese paradigma procedimental del derecho parte de las premisas de que (*a*) está cerrado el camino de vuelta que el neoliberalismo propugna bajo la tesis de un «retorno de la sociedad civil y de su derecho»[32]; de que, sin embargo, (*b*) la consigna de «redescubrimiento del individuo» viene provocada por un tipo de juridificación ligada al Estado social que amenaza con convertir en lo contrario lo que es su objetivo declarado, a saber, el restablecimiento de la autonomía privada[33]; y de que (*c*) el proyecto que es el Estado social ni simplemente hay que ratificarse en él, ni tampoco se lo puede interrumpir, sino que debe proseguirse en un plano superior de reflexión[34]. La intención rectora sigue siendo la de domesticar el sistema económico capitalista, es decir, la de «reestructurarlo» social y ecológicamente por una vía por la que simultáneamente quepa «refrenar» el empleo de poder administrativo, es decir, quepa «entrenar» a éste desde puntos de vista de efectividad y eficacia en formas moderadas de regulación y control indirectos, así como reconectarlo retroalimentativamente con el poder comunicativo desde puntos de vista de legitimidad, inmunizándolo al propio tiempo contra el poder ilegítimo. Esta vía de realización del «sistema de los derechos» en las condiciones de

32. La conferencia de E. J. Mestmäcker publicada con este título apareció en el *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), pp. 177-184; cf. también E. J. Mestmäcker, «Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft»: *Rechtstheorie* 20 (1989), pp. 273-288.

33. S. Simitis, «Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen»: *Sinzheimer Cahiers* 2 (1991), pp. 7-42.

34. J. Habermas, *Die Neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt a. M., 1985, pp. 157 ss.

una sociedad compleja no podría caracterizarse suficientemente diciendo que el paradigma procedimental del derecho privilegia una determinada forma de derecho, a saber, el derecho reflexivo, al igual que el paradigma liberal y el paradigma ligado al Estado social privilegiaron sus respectivas formas de derecho, a saber, el derecho formal y el derecho «material»[35]. La elección de la forma de derecho que convenga ha de permanecer referida, más bien, al sentido original del sistema de los derechos, es decir, a asegurar *uno actu* la autonomía privada y la autonomía pública de los ciudadanos por vía de que todo acto jurídico pueda entenderse a la vez como una contribución a la configuración política-autónoma de los derechos fundamentales, es decir, pueda entenderse como elemento de un proceso constituyente planteado a largo plazo. Trataré de precisar esta comprensión de fondo entrando en algunos dilemas que se plantean al derecho en el Estado social, primero desde la perspectiva de los derechos privados[36].

(1) Cuando se miran las cosas desde la perspectiva del derecho privado, ofrécense varias salidas para escapar al paternalismo del Estado social. Una de las corrientes de pensamiento dirige la atención sobre el aspecto de accionabilidad judicial de los derechos subjetivos. Parte de la constatación de que el derecho materializado, a causa de sus complejas referencias a situaciones sociales típicas, exige de las partes en conflicto un alto nivel de preparación y competencia[37]. Los derechos sólo pueden volverse socialmente eficaces en la medida en que los afectados estén suficientemente informados y sean capaces de actualizar en los casos pertinentes la protección jurídica garantizada por los derechos fundamentales relativos a la administración de justicia. La capacidad y competencia de movilizar el derecho depende en general de la educación formal que uno ha recibido, de la procedencia social y de otras variables (como son el sexo, la edad, la experiencia procesal, el tipo de relación social afectada por el conflicto, etc.). Pero si esto vale para el derecho en general, tanto más altas resultarán entonces las barreras de acceso en el caso de querer servirse del derecho «materializado», el cual exige de los legos desmenuzar sus problemas cotidianos (de trabajo, de tiempo libre y consumo, de vivienda, de enfermedad, etc.) en construcciones jurídi-

35. G. Teubner, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law»: *Modern Law Review* 17 (1983), pp. 239 ss.; Id., «Regulatorisches Recht: Chronik eines angekündigten Todes»: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie*, Beiheft 54 (1990), pp. 140-161; pero sobre ello cf. también E. Rehbinder, «Reflexives Recht und Praxis»: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, t. XII (1988), pp. 109-129.

36. G. Teubner (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 1986.

37. Sobre el derecho de la responsabilidad civil cf. G. Brüggemeier, «Justizielle Schutzpolitik de lege lata», en G. Brüggemeier y D. Hart, *Soziales Schuldrecht*, Bremen, 1987, pp. 7-41.

cas muy específicas, que abstraen de los contextos de experiencia del mundo de la vida. De ahí la exigencia de una política de protección jurídica de tipo compensatorio que refuerce el conocimiento jurídico, la capacidad de percibir, articular y hacerse representar, la disponibilidad al conflicto y la capacidad de imponerse de clientes necesitados de protección. Allende medidas convencionales tales como seguros de protección jurídica, asunción de costes procesales, etc., el contrapoder que representan los intereses relacionados con el Estado social sólo podrá fomentarse en forma de una *colectivización de la imposición del derecho*. Ahora bien, el instrumento que representan las demandas hechas por asociaciones, por comunidades, así como el establecimiento de «defensores del pueblo», instancias arbitrales, etc., sólo podrían neutralizar la depotenciación de clientes abrumados por, y desorientados en, la selva que el derecho representa, si la protección jurídica del individuo por parte de colectivos no se limitase simplemente a descargar al individuo mediante una representación competente, sino que también lo *implicase* en la percepción, articulación, representación e imposición organizada de sus propios intereses. Si se quiere evitar que por esta vía se refuerce aún más el paternalismo del Estado social, el ciudadano afectado ha de poder considerar y experimentar la organización de la protección jurídica como un proceso político; es *él mismo* quien debe participar en la construcción del contrapoder y en la articulación de intereses sociales. Esta interpretación de la participación procedimental como cooperación en el proceso de realización del derecho establece una relación entre el *status* jurídico positivo revaluado en términos colectivos y el *status* activo del ciudadano, poniendo en conexión el uno con el otro. Este sentido democrático-procesal de la participación en los procedimientos, P. Häberle lo hizo extensivo con carácter general a la realización de los derechos a recibir prestaciones sociales. Häberle pone sus esperanzas en el desarrollo de un *status activus processualis*[38]. Aun cuando no sea lícito exigir demasiado del derecho procesal en términos de una teoría de equivalentes de la democracia, esta propuesta de corrección de la teoría de los *status* jurídicos de Jellinek nos recuerda la conexión interna que se da entre autonomía privada y autonomía pública.

La escuela que parte de las propuestas de R. Wiethölter[39] trata de neutralizar de otro modo las mermas en el *status* negativo de libertad que se siguen del empleo del derecho «materializado» para los fines de regulación y control típicos del Estado social. De nuevo son la

38. P. Häberle, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, Frankfurt a. M., 1978.

39. R. Wiethölter, «Proceduralization of the Category of Law», en Ch. Joerges y D. M. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought*, Baden-Baden, 1989, pp. 501-510; Ch. Joerges, *Politische Rechtstheorie and Critical Legal Studies*, *ibid.*, pp. 597-644; también: G. Brüggemeier, «Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung»: *Rechtstheorie* 8 (1982), pp. 60-73.

organización y el procedimiento los que habrían de reforzar el *status* jurídico positivo del individuo, pero esta vez no por vía de un accionamiento colectivo del derecho, sino mediante formas de *formación cooperativa de la voluntad*. El legislador ha de poner a punto para la constitucionalización interna de ámbitos de acción procedimientos y formas de organización que capaciten a los participantes para resolver sus asuntos y conflictos por su propia cuenta conforme al modelo de mecanismos de autoorganización y de instancias arbitrales. De este modo la autonomía privada del individuo quedaría complementada o sustituida por la *autonomía social de participantes en procedimientos*. Desde esta perspectiva E. Schmidt constata ya un «recubrimiento» del derecho «materializado» por el derecho «procedimental»: «Si la época de florecimiento de la autonomía privada podemos ponerla en relación con las necesidades de desarrollo y despliegue de una burguesía que todavía confiaba en las fuerzas de regulación que la libre competencia económica sería capaz de poner en marcha; y si los deseos que le siguieron de proceder a una fijación material de los actos de distribución brotaron en lo esencial de la tentativa de administrar los intereses de los excluidos por ese modelo, actuando, por así decir, la administración pública de portavoz de ellos; hoy nos encontramos en una situación que cada vez se caracteriza menos por acerbos antagonismos de clase, y en la que, en vez de eso, se hace notar un continuo aumento de la dependencia recíproca de los distintos grupos y estratos sociales». La creciente interdependencia de los sistemas de acción parece ir acompañada de un «aumento de la capacidad de articulación por parte de los implicados»: «Pero esta capacidad, y esto es lo básicamente nuevo, no se desarrolla en términos individuales sino en términos solidarios. Para el ámbito de la producción baste la referencia al movimiento sindical. En este campo, y a ello estamos acostumbrados hace ya mucho tiempo, los niveles determinantes de protección y renta, ni se establecen individualmente, ni tampoco vienen regulados por el Estado... El que en términos de convenio colectivo pueda establecerse incluso derecho coercitivamente vigente es un buen ejemplo de la primacía que en este campo ha conseguido la autonomía social frente a la determinación desde fuera por parte del Estado»[40].

Sin embargo, con el concepto de «autonomía social», al igual que con el concepto de «*status* procesal activo», la autonomía privada y la autonomía pública quedan reducidas demasiado de prisa a un común denominador. La autonomía en el establecimiento de convenios colectivos es, ciertamente, un buen ejemplo de la estructuración jurídica interna de un sistema de acción no estatal especializado en la

40. E. Schmidt, «Von der Privat- zur Sozialautonomie»: *Juristenzeitung* 35 (1980), p. 158.

solución de conflictos; y el ejemplo demuestra también cómo el *status* jurídico positivo de miembros de una asociación puede ser dotado de derechos cuasipolíticos de participación y asimilado al *status* activo de ciudadano. Pero esa misma autonomía en el establecimiento de convenios colectivos, suministra, por otra parte, ejemplos de cómo la autodeterminación individual queda socavada por competencias de regulación colectivamente autónomas. La disponibilidad del legislador a transferir a las partes que intervienen en la firma de convenios colectivos facultades por las que esas partes pueden producir derecho vigente, y a limitarse a tareas complementarias, no significa *sin más* para el trabajador individual un aumento de autonomía. S. Simitis, recurriendo al caso de los límites de edad rígidamente fijados para cada uno de ambos sexos, a las normas de protección del trabajo de las mujeres, a las regulaciones del trabajo a tiempo parcial y a la protección de los datos empresariales, a las disposiciones relativas a seguridad en el trabajo y en general a la configuración jurídica de lo que suele entenderse por «situación laboral normal», ha demostrado que los instrumentos que representan los pactos de empresa concordados y los convenios colectivos, al igual que lo que sucede con el derecho laboral establecido por el legislador político, consiguen la pacificación de las demandas sociales a costa de fuertes esquematizaciones y terminantes directrices comportamentales. Estas «regulaciones» pueden tener el efecto de «normalizaciones» restrictivas de la libertad. Restringen, por ejemplo, de forma no admisible, la configuración privada y autónoma de la existencia de los propios beneficiarios de ellas en la medida en que operan una fijación de los roles tradicionales en lugar de implicar a los afectados mismos en la interpretación, en la diferenciación o en la transformación de ellos: «La ley y el convenio colectivo no establecen puentes para la autodeterminación del trabajador, sino que, por el contrario, por mor de una mejor protección del trabajador individual, institucionalizan la determinación desde fuera. Mientras la ley y el convenio colectivo no entiendan efectivamente al trabajador como individuo, sino como parte de un colectivo, no pueden cumplir su tarea de hacer valer exigencias, demandas y requisitos que neutralicen las consecuencias que la dependencia en el puesto de trabajo comporta. Y la consecuencia es que: la ley y el convenio colectivo inducen una *colonización del comportamiento del trabajador*, que al principio apenas se percibe, pero que se difunde y consolida cada vez más»[41]. La estructuración jurídica interna de la relación laboral no representa sin más *per se* un aumento de la autonomía: «Lo mismo si se trata de determinaciones legales que de determinaciones establecidas por los convenios colectivos, en ambos casos se eliminan los ajustes individuales quedando sustituidos por una regulación que no se orienta por las expectativas del trabajador concreto, sino por la situación de un grupo específico de trabajadores, si no por el conjunto de los trabajadores en general»[42].

Naturalmente, Simitis no pretende convertirse con estas afirmaciones en abogado de un neocontractualismo nostálgico del pasado; pues las causas que condujeron a las regulaciones estatales no desaparecen en absoluto con la desregulación[43]. Pero estos y otros análisis llaman la atención sobre problemas concernientes a equiparación e igualdad de trato que *per se* no quedan resueltos por una imposición efectiva de los derechos procedimentales vigentes o por la introducción de nuevos derechos procedimentales. La relación correcta entre igualdad fáctica e igualdad jurídica no puede determinarse atendiendo solamente a derechos privados subjetivos. Bajo la premisa de la cooriginalidad de la autonomía privada y la autonomía pública esa relación sólo puede ser determinada *en última instancia* por los ciudadanos mismos.

(2) La teoría discursiva del derecho explica la legitimidad del derecho con ayuda de procedimientos y presupuestos comunicativos —institucionalizados a su vez jurídicamente— que fundan la presunción de que los procesos de producción del derecho y aplicación del derecho conducen a resultados racionales. En lo que a contenido se refiere, las normas dictadas por el legislador político y los derechos reconocidos por la administración de justicia acreditan su «racionalidad» en que los destinatarios son tratados como miembros iguales y libres de la comunidad de sujetos jurídicos, en una palabra, en el trato igual de las personas jurídicas protegidas a la vez en su integridad. Jurídicamente esta consecuencia se expresa en el mandato de trato igual. Este mandato incluye la igualdad en la aplicación del derecho, es decir, la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pero es también sinónimo de un principio de más alcance, a saber, del principio de la igualdad jurídico-material según el cual lo igual en todos los aspectos relevantes ha de ser tratado de forma igual y lo desigual de forma desigual. Pero lo que en cada caso sean *aspectos relevantes* es algo que

41. S. Simitis, «Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen»: *Sinzheimer Cahiers* 2 (1991), p. 11 (el subrayado es mío); cf. también Id., «Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen», en F. Kübler (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984, pp. 73-166.

42. S. Simitis, «Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen», p. 10.

43. S. Simitis, «Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance?», en J. Rüsen *et al.*, *Die Zukunft der Aufklärung*, Frankfurt a. M., 1988, p. 177: «La intervención no fue un producto arbitrario o casual y, por tanto, no se le puede dar sin más marcha atrás». Cf. también I. Maus, «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», en G. Göhler (ed.), *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*, Opladen, 1987, pp. 132-172.

es menester razonar. Alexy interpreta, por tanto, el principio de igualdad en el sentido de una regla relativa a cargas de la argumentación (para los discursos de fundamentación y de aplicación)[44]. Las razones, o bien son ellas mismas de tipo normativo, o bien se apoyan en razones normativas. Son buenas razones o son razones «a tener en cuenta» cuando «resultan de peso» en condiciones de «discurso» y acaban siendo racionalmente aceptables para el público de los ciudadanos como autores del orden jurídico. El derecho legítimo cierra el círculo entre la autonomía privada de sus destinatarios, que son objeto de un trato igual, por un lado, y, por otro lado, la autonomía pública de los ciudadanos que, en tanto que autores del orden jurídico, dotados de unos mismos derechos, tienen que ponerse (o tienen que acabar poniéndose) de acuerdo acerca de los criterios de trato igual.

Estos criterios no son en modo alguno indiferentes frente al trazado de límites entre los espacios de autonomía privada y autonomía pública. La disputa histórica entre el paradigma jurídico liberal y el paradigma jurídico ligado al Estado social puede también entenderse como una disputa sobre este trazado de límites y, por tanto, sobre los correspondientes criterios de trato igual. Pues bien, la disputa, al tornarse reflexiva, rompe y pone fin al predominio cuasinatural de uno u otro paradigma. De ahí que será caso por caso como habrá que decidir si, y en qué aspectos, para la equiparación jurídica de los ciudadanos (a fin de que éstos sean de verdad autónomos tanto en términos privados como en términos públicos), es menester una equiparación e igualación fácticas. El paradigma procedimental del derecho acentúa normativamente precisamente esta doble referencia de la relación entre igualdad jurídica e igualdad fáctica a la autonomía privada y a la autonomía pública, subrayando todos los ámbitos en los que habrá de dirimirse la disputa política acerca de los criterios, siempre básicamente controvertibles, concernientes a igual trato, si es que la circulación del poder del sistema político ha de seguir la dirección de una regulación efectuada en términos de Estado de derecho.

La crítica que desde el Estado social se efectúa del derecho formal burgués dirige la atención hacia la dialéctica entre la libertad jurídica y la libertad fáctica de los destinatarios del derecho, es decir, en primera línea hacia el reconocimiento e imposición de derechos fundamentales de tipo social. La equiparación fáctica se mide por consecuencias sociales observables que las regulaciones jurídicas tienen para los afectados, mientras que la igualdad jurídica se refiere a la competencia de éstos para decidir libremente en el marco de las leyes conforme a sus propias preferencias. El principio de libertad jurídica genera desigualdades fácticas, pues no sólo permite el uso diferencial que los distintos sujetos hacen de los mismos derechos, sino que también lo posibilita; pues es así como cumple los presupuestos subjetivo-jurídicos para una configuración de la propia existencia en el marco de una autonomía privada. Por este lado la igualdad jurídica no puede coincidir con una igualación o equiparación fácticas. Por otro lado, repugnan al mandato de igual trato jurídico aquellas desigualdades fácticas que discriminan a determinadas personas o grupos al mermarles de hecho las oportunidades de hacer uso de libertades subjetivas de acción, que jurídicamente están distribuidas de forma igual. En cuanto que las compensaciones y prestaciones del Estado social son las que empiezan estableciendo la igualdad de oportunidades para poder hacer un uso de las facultades de acción jurídicamente garantizadas, que quepa considerar igual, tal compensación de circunstancias vitales y posiciones de poder fácticamente desiguales sirven a la realización de la igualdad jurídica. Por este lado, la dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad fáctica se convierte en un motor de la evolución jurídica, contra el que normativamente no cabe formular reserva alguna.

Pero esta relación se convierte en un *dilema* cuando las regulaciones del Estado social, que desde el punto de vista de la igualdad jurídica tienen por fin asegurar una igualdad fáctica de circunstancias vitales y posiciones de poder, sólo pueden conseguir esa meta en condiciones o con medios que a la vez *restringen* sensiblemente a los presuntos beneficiarios los espacios que esas regulaciones pretenden asegurar para una configuración de la propia existencia en términos de autonomía privada. Simitis, recurriendo a los mencionados ejemplos, ha iluminado el punto crítico «a partir del cual el posible aumento de facultades materiales de acción se convierte en una nueva dependencia»[45]. Ya sea que regulaciones de derecho labo-

44. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, pp. 395, 397: «Si no hay una razón suficiente para que esté permitido un trato desigual, entonces es obligatorio un trato igual», o dicho de otro modo: «Si hay una razón suficiente para que sea obligatorio un trato desigual, entonces es obligatorio un trato desigual».

45. S. Simitis, «Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance?», p. 193; cf. también las evoluciones del derecho de familia, que el autor trata en ese artículo y que le llevan a la conclusión de que: «Del reconocimiento de la individualidad de todos los miembros de la familia, así como de la autonomía de sus intereses, no se sigue en modo alguno la necesidad de desarrollar un sistema detallado de intervención, pensado para la realización de una idea educativa precisa y que en este sentido hubiera que reconfigurar constantemente... Toda regulación jurídica ha de orientarse más bien por el significado que la interacción en el seno de la familia tiene para el desarrollo de los miembros de ésta, y tomar, por tanto, como punto de partida propiamente dicho la dinámica familiar... El abandono de la idea de que la familia sea un todo armónico... en modo alguno funda obligatoriamente la competencia de instancias extrañas a la familia para tomar decisiones de contenido. La intervención en esas familias no puede de entrada introducir ningún cambio en el derecho y obligación que tienen los miembros de la familia de llegar ellos mismos a una solución acerca de cómo quieren configurar sus relaciones mutuas.... El intento de (por mor de su propia autonomía) proteger a los afectados de hipotecas que amenazan la comunicación, si es que no la hacen ya imposible, no debe conducir a exponerlos a más influencias externas todavía que hasta ahora en lo que respecta a la dirección de sus vidas» (*ibid.*, p. 184).

ral o de derecho de familia impongan a los trabajadores o a los miembros de la familia el tener que orientar su comportamiento por una relación «normal» de trabajo o por patrones de socialización que se consideran los ejemplares y normales; ya sea que los beneficiarios hayan de pagar las compensaciones que reciben con una dependencia respecto de intervenciones normalizadoras de las instancias estatales encargadas de asuntos laborales, de asuntos de la juventud, de asuntos sociales, o del problema de la vivienda, o respecto de decisiones judiciales que intervengan en el contenido de sus vidas; ya sea que la protección jurídica de tipo colectivo, la libertad de coalición, etc., sólo garanticen una efectiva representación de intereses a costa de la libertad de decisión de los miembros de la organización, los cuales se ven condenados a una obediencia y *adaptación pasivas*, en todos estos casos críticos se trata del mismo fenómeno: el cumplimiento de los presupuestos fácticos para una realización de libertades subjetivas de acción, que quepa suponer dotada de igualdad de oportunidades, cambia las circunstancias vitales y las posiciones de poder de modo que la compensación de desventajas queda asociada con un tipo de tutelas, a causa de las cuales lo que en origen pretende ser una *autorización* para hacer uso de la libertad queda convertido en un *tratamiento de tipo asistencial.*

El derecho materializado en términos de Estado social, como se muestra en la juridificación del campo de lo social[46], viene caracterizado por una ambivalencia de aseguramiento de la libertad y sustracción de la libertad, que resulta de la dialéctica entre libertad jurídica y libertad fáctica y que, por tanto, surge de la propia estructura de ese proceso de juridificación. Pero sería apresurado describir esa estructura misma como *dilemática*[47]. Pues los criterios en virtud de los cuales puede identificarse el punto en que la actuación facultadora, es decir, la actuación garantizadora de libertades, se convierte en una actuación de tipo tutelar y social-asistencial, son, ciertamente, de tipo contextual y controvertible, pero no arbitrarios.

En esos criterios se expresa una clara intuición normativa que, sin embargo, se interpreta de modo distinto en las distintas culturas políticas y en lo que respecta a situaciones sociales cambiantes. Conforme a la lectura que en términos de teoría del discurso hemos hecho del sistema de los derechos, el derecho positivo, al depender de

46. H. F. Zacher, «Verrechtlichung im Bereich des Sozialen», en F. Kübler (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, pp. 14-72.

47. Como se hace, por ejemplo, en Habermas (*Teoría de la acción comunicativa* II, pp. 508 ss.); no es sostenible la distinción propuesta en relación con ello entre el derecho como institución y el derecho como medio, la cual opone las normas jurídicas de carácter sociointegrativo a las formas jurídicas de que se revisten las operaciones de regulación política. Cf. sobre ello K. Tuori, «Discourse Ethics and the Legitimacy of Law»: *Ratio Juris* 2 (1989), pp. 125-143.

las resoluciones de un legislador, tiene que escindir la autonomía de las personas jurídicas en una relación de complementariedad entre la autonomía privada y la autonomía pública, a fin de que los destinatarios del derecho establecido puedan entenderse simultáneamente como autores de la producción del derecho. Ambas son elementos esencialmente incompletos, que remiten cada una de ellas a su respectivo complemento. Con esta relación de mutua remisión y dependencia viene dado un criterio intuitivo conforme al que puede juzgarse si una regulación favorece la autonomía o la merma. Conforme a este criterio los ciudadanos, con el fin de ejercitar su autonomía pública, tienen que trazar los límites de la autonomía privada de suerte que ésta cualifique suficientemente a las personas privadas para ejercer su papel de ciudadanos. Pues la red de comunicación en que consiste ese espacio público formado por personas privadas situadas en los distintos contextos de la sociedad civil depende de los aportes espontáneos de un mundo de la vida que permanezca intacto en sus ámbitos nucleares privados. La intuición normativa de que la autonomía privada y la autonomía pública se presuponen mutuamente, informa la disputa pública acerca de los criterios que han de seguirse para establecer los presupuestos fácticos que en cada caso sean menester para la igualdad jurídica. Conforme a estos criterios se mide también cuándo una regulación opera como una discriminación que el derecho formal consagra o como una práctica paternalista del Estado social. Un programa jurídico resulta discriminatorio cuando es insensible a las secuelas restrictivas de la libertad que tienen las desigualdades fácticas, y paternalista cuando resulta insensible a las secuelas restrictivas de la libertad que tiene la propia compensación practicada por el Estado social.

El otorgamiento de derechos a entablar demandas relativas a prestaciones en el sentido de seguridad social (y también de protección frente a peligros ecológicos y frente a riesgos generados por la tecnología) sólo puede ser objeto de una fundamentación relativa; pues tal otorgamiento ha de hacer referencia a la necesidad de garantizar la autodeterminación individual como condición necesaria de la autodeterminación política. En este sentido U. Preuss justifica los derechos a recibir las prestaciones del Estado social como el medio de asegurar el *status* autónomo de ciudadano: «El punto de partida irrebasable en cuanto a cualificación y competencia del ciudadano es (hoy) el de la igual libertad de todo ciudadano, con independencia de sus muy diferentes dotes naturales, facultades y capacidades... No sólo cada individuo está interesado en ello..., sino que la sociedad democrática depende en conjunto de que las decisiones tomadas a través de los ciudadanos tengan calidad, cualquiera sea la forma como se defina a ésta. Por tanto, está también interesada en la buena calidad de los ciudadanos mismos: en su información, en su

capacidad de reflexión, en su capacidad y disponibilidad para tener en cuenta las consecuencias de sus decisiones políticamente relevantes, en su voluntad de formular e imponer sus propios intereses teniendo en cuenta tanto los intereses de sus conciudadanos, como los intereses de las generaciones futuras, en una palabra: en su "competencia comunicativa"... La desigual distribución de bienes y oportunidades vitales disminuye la calidad de los rasgos definitorios de la bondad ciudadana y, por tanto, como consecuencia final, también la racionalidad alcanzable en las decisiones colectivas. Una política de compensación de la desigual distribución de los bienes disponibles en una sociedad puede justificarse por tanto como "una política de cualificación del ciudadano"»[48]. Pero una interpretación de este tipo no debería conducir a una funcionalización de *todos* los derechos fundamentales con vistas al proceso democrático[49].

(3) El paradigma del derecho ligado al Estado social se orienta exclusivamente por el problema de la justa distribución de las oportunidades vitales socialmente producidas. Al reducir la justicia a justicia *distributiva*, yerra el sentido de «garantía de la libertad» que tienen los derechos legítimos: pues el sistema de los derechos no hace sino deletrear lo que aquellos que participan en la práctica de la autoorganización de una comunidad de sujetos jurídicos iguales y libres, implícitamente tienen que presuponer siempre ya. La idea de una sociedad justa lleva aparejada la promesa de emancipación y dignidad humana. El aspecto distributivo de la equiparación jurídica y del igual trato jurídico, es decir, la justa distribución de las compensaciones sociales, no es sino resultado del sentido universalista de un derecho que tiene por fin garantizar la libertad e integridad de cada uno. En una comunidad jurídica nadie es libre mientras la libertad de unos haya de pagarse al precio de la opresión de los otros. La igual distribución de los derechos sólo puede ser consecuencia de la reciprocidad del reconocimiento de todos como miembros iguales y libres. Bajo este aspecto de igual respeto los sujetos no tienen más remedio que demandar iguales derechos. El error que (complementariamente al del paradigma ligado al Estado social) comete el paradigma liberal del derecho consiste en reducir la justicia a una igual distribución de derechos, es decir, en asimilar los derechos a bienes que pueden repartirse y poseerse. Los derechos

48. U. Preuss, «Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates», en Ch. Sachße *et al.* (eds.), *Sicherheit und Freiheit*, Frankfurt a. M., 1990, pp. 125 s.

49. E. Böckenförde caracteriza tal «teoría democrático-funcional de los derechos fundamentales» con la afirmación: «Su sentido y su importancia de principio los derechos fundamentales la obtienen de su carácter de factores constitutivos de un proceso libre... de formación democrática de la voluntad» (E. Böckenförde, *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt a. M., 1976, p. 235).

tampoco son bienes colectivos que se consumen en común; los derechos sólo pueden «gozarse» *ejercitándolos*. Ahora bien, la autodeterminación individual se constituye en el ejercicio de derechos que se deriven de normas *legítimamente producidas*. De ahí que la igual distribución de derechos subjetivos no pueda desligarse de esa autonomía pública que los ciudadanos sólo pueden ejercitar en común, participando en la práctica de producción legislativa.

Las cegueras complementarias del paradigma liberal del derecho y del paradigma jurídico ligado al Estado social derivan de un error común, a saber, del error consistente en malentender la constitución jurídica de la libertad como «distribución» y de asimilarla al modelo de la igual distribución de bienes adquiridos o de bienes asignados. Iris M. Young ha criticado convincentemente este error: «Pero, ¿qué significa distribuir un derecho? Uno puede hablar de tener un derecho a una participación distributiva en cosas materiales, recursos, o ingresos. Pero en tal caso lo que se distribuye es el bien, no el derecho... No tiene mucho sentido concebir los derechos como posesiones. Los derechos son relaciones, no cosas; son reglas institucionalmente definidas que especifican qué es lo que una persona puede hacer en su relación con la otra. Los derechos se refieren más al *hacer* que al *tener*, a relaciones sociales que posibilitan o restringen la acción»[50]. Injusticia significa primariamente coartación de la libertad y vulneración de la dignidad humana. Pero puede manifestarse en que deja a quien la sufre en una situación de desventaja en la que el «oprimido» y «sometido» se ve privado de lo que le capacitaría para ejercer su autonomía privada y su autonomía pública: «La justicia debería referirse no solamente a la distribución, sino también a las condiciones institucionales necesarias para el desarrollo y ejercicio de las capacidades individuales y de la comunicación y cooperación colectivas. Bajo esta concepción de la justicia, la injusticia se refiere primariamente a dos formas de constricciones inhabilitadoras, a saber, a la opresión y a la dominación. Aun cuando estas constricciones incluyen patrones de distribución, también es verdad que incluyen materias que no pueden fácilmente asimilarse a la lógica de la distribución como son: procedimientos de toma de decisiones, división del trabajo y cultura»[51].

No es casual que esta crítica esté en conexión con una *teoría feminista del derecho*, que se despide del paradigma jurídico del Estado social. Pues la discusión feminista desarrollada sobre todo en Estados Unidos, se ocupa de evoluciones jurídicas en las que la dialéctica entre igualdad fáctica e igualdad jurídica se agudiza de forma interesante. Los problemas de trato igual del hombre y la mujer obli-

50. I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, 1990, p. 25.

51. *Ibid.*, p. 39.

gan a apercibirse del hecho de que la apetecida efectiva igualdad de derecho no puede entenderse solamente como tratos de favor otorgados por el Estado social en el sentido de una justa distribución de bienes sociales. Los derechos que fueren, sólo pueden facultar a las mujeres para configurar sus propias vidas en el marco de una autonomía privada en la medida en que simultáneamente posibiliten una participación dotada de unos mismos derechos en la práctica de la autodeterminación ciudadana, puesto que sólo las afectadas mismas pueden clarificar en cada caso cuáles son los aspectos relevantes de igualdad y desigualdad. El feminismo insiste en el sentido emancipador de un trato jurídico igual porque se endereza contra estructuras de dependencia que el «paradigma distributivo» del Estado social no hace sino ocultar: «La dominación consiste en condiciones institucionales que impiden a las personas (o las desaniman de) participar en la determinación de sus acciones o en las condiciones de sus acciones. La sociedad del capitalismo del bienestar crea específicamente nuevas formas de dominación. Crecientemente, las actividades del trabajo y la vida de cada día quedan bajo control burocrático racionalizado, sometiendo a las personas en múltiples áreas de la existencia a la disciplina de autoridades y expertos»[52]. Mientras no se superen las dependencias colonizadoras, la política de «discriminación positiva», por bien intencionada que sea, conduce en una falsa dirección; pues reprime las voces de quienes serían las únicas que podrían *decir* qué es lo que en cada caso pueden contar como razones relevantes en lo que respecta a trato igual o trato desigual[53].

Partiré de la «Carta feminista» que en 1977 votaron en Houston, Texas, 2.000 delegadas de diversa procedencia social, étnica y regional. Cuando se considera este catálogo de exigencias[54] desde puntos de vista de la teoría del derecho, se reconocen las capas históricas de las demandas del movimiento feminista que aún *siguen sin recibir* satisfacción. Las exigencias *liberales* se refieren, por un lado, a una mayor inclusión de las mujeres en los sistemas sociales de acción (abolición de todas las discriminaciones de género en la educación y el empleo; mayor representación de las mujeres en los cargos públicos de tipo electivo o por nombramiento) y, por otro, al

52. *Ibid.*, p. 76.

53. Frente a los planteamientos articulados en términos de teoría de la distribución, el planteamiento de la teoría feminista del derecho, al venir articulado en términos de teoría del poder, tiene la ventaja de subrayar como núcleo normativo del sistema de los derechos el sentido emancipatorio que tiene la igualdad de derechos y la autonomía tanto del particular como de todos los miembros de la comunidad jurídica. Ciertamente, a veces sucumbe a la tendencia de convertir los sexos en unidades monolíticas al igual que antaño el marxismo ortodoxo convertía las clases sociales en macrosujetos. No del todo libre de esta tendencia se halla la, por lo demás instructiva, investigación de C. A. MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass., 1989.

54. D. L. Rhode, *Justice and Gender*, Cambridge, Mass., 1989, pp. 61 s.

cumplimiento de los derechos fundamentales en ámbitos sociales que en un nuevo sentido pueden considerarse como esfera de «particulares relaciones de poder o violencia» (apoyo gubernamental a las mujeres maltratadas; revisión del derecho penal y del derecho de familia en lo concerniente a apoyo marital) o al cumplimiento de los derechos fundamentales en lo que respecta a nuevas materias (libertad en la reproducción, pornografía, actividad homosexual consensual, etc.). Junto a esto están las exigencias de prestaciones del Estado social (un adecuado nivel de vida para todos los individuos, incluyendo transferencias de ingresos, rotuladas como salarios y no como asistencia, a amas de casa indigentes con hijos que dependen de ellas; servicios de atención a la infancia, mantenidos con fondos federales y accesibles a las familias de todos los niveles de ingresos, con la adecuada oportunidad para la implicación en ellos de los padres). La segunda mitad de las dos últimas frases puede entenderse ya como consecuencia de los desengaños a que ha dado lugar la imposición de esas exigencias por vía de Estado social. Una *actitud reflexiva* frente a los éxitos de las reformas feministas se expresa también en exigencias tales como: pleno empleo, pero con oportunidades de horarios flexibles o a tiempo parcial. La simultaneidad de lo asimultáneo que se revela en esta agenda de la época de la lucha política por un *Equal Rights Amendment*, permite entrever el proceso de aprendizaje de casi dos siglos. En este proceso de aprendizaje se refleja un cambio típico en la comprensión paradigmática del derecho.

Por igualdad de la mujer o por igual *status* de las mujeres, el feminismo clásico enraizado en el siglo XIX, entendía sobre todo la posibilidad de acceder con igualdad de derechos a las instituciones existentes del sistema educativo y del sistema de ocupaciones, a los cargos públicos, a los parlamentos, etc. La retórica de la realización e imposición de los derechos formales se enderezaba a establecer la mayor separación posible entre adquisición de *status* e identidad sexual y a garantizar la igualdad de oportunidades (neutral en lo concerniente a resultado) en la competencia por títulos académicos, puestos de trabajo, ingresos, prestigio social, influencia y poder político. La política feminista liberal tenía como objetivo la inclusión de las mujeres en una sociedad que hasta ese momento les había negado la justa posibilidad de competir. Con la superación del acceso diferencial a los ámbitos relevantes la diferencia entre los sexos acabaría perdiendo toda relevancia social. Los enemigos de este feminismo liberal insistían en la no-neutralización del destino «natural», es decir, del papel tradicional de la mujer (burguesa) que conforme a las ideas (completamente modernas) de una división patriarcal del trabajo había de quedar ligada a la esfera privada de la vida doméstica. Ambas partes se acusaban mutuamente, o de «culto

a lo doméstico», o de «manía por la autorrealización»[55]. Pero en la medida en que después, en importantes ámbitos sociales, se impuso la equiparación formal de las mujeres, se hizo notar también aquí la dialéctica de igualdad jurídica e igualdad fáctica, conduciendo a regulaciones especiales sobre todo en el derecho social, el derecho laboral y el derecho de familia. Son bien significativas a este respecto las normas de protección que se refieren a embarazo y maternidad o a los derechos concernientes a la tutela de los hijos en caso de separación, es decir, las normas de protección que tienen que ver con diferencias biológicas obvias, relacionadas con la función de reproducción. Lo mismo cabe decir para las regulaciones especiales en el derecho penal de tipo sexual. En estos ámbitos la legislación feminista se atuvo a la programática del Estado social de fomentar la equiparación jurídica de las mujeres mediante compensación, bien de las desventajas naturales, bien de las desventajas sociales.

Desde fines de los años sesenta (en países como Estados Unidos o la República Federal de Alemania) se complicaron los frentes. Un movimiento feminista que cobró nueva vida dirige desde entonces la atención, no tanto hacia el grado en que las exigencias de iguales derechos, ya de tipo liberal, ya ligados al Estado social, siguen sin cumplirse, sino sobre todo hacia las *consecuencias ambivalentes* de los programas impuestos con éxito. El paternalismo del Estado social había cobrado en muchos aspectos un sentido literal. Pues en la medida en que la protección del embarazo y la maternidad no hacía sino elevar el riesgo de las mujeres en lo concerniente al puesto de trabajo; en la medida en que por lo general las normas de protección laboral de las mujeres no hacían sino reforzar su segregación del mercado laboral o la sobrerrepresentación de las mujeres en los grupos con salarios más bajos; en la medida en que un derecho de separación matrimonial liberalizado no hacía más que confrontar a las mujeres con las consecuencias negativas de la separación; en la medida en que a consecuencia de haberse pasado por alto las interdependencias entre las regulaciones de derecho social, derecho laboral y derecho de familia, las desventajas relacionadas con el sexo no hacían sino acumularse mediante mecanismos negativos de transmisión y conexión retroalimentativa, la «materialización» del derecho, que a lo que se dirigía era, ciertamente, a desmontar la discriminación de las mujeres, resultaba tener el efecto contrario.

Los datos estadísticos relativos a la «feminización de la pobreza» son alarmantes, y ello no sólo en Estados Unidos[56]. Hoy las tendencias que nos resultan conocidas por los países occidentales, aceleradas y reforzadas por el tiempo, se repiten en los «ámbitos umbral» de la República Federal de Alemania, en donde son de nuevo las mujeres las que se ven mucho más afectadas que los hombres por las «pérdidas anejas a la modernización», es decir, por los aspectos negativos de las bruscas transformaciones efectuadas en el campo de lo social.

Desde un punto de vista jurídico una razón de esta discriminación reflexivamente generada estriba en las *clasificaciones sobregeneralizadoras* de las situaciones de desventaja y de los grupos de personas perjudicadas. Lo que se entiende redundaría en fomento de la equiparación de las mujeres en general, sólo conviene a menudo a una determinada categoría de mujeres (por lo demás ya privilegiadas) a costa de las demás, porque las desigualdades específicamente ligadas al sexo correlacionan de forma bien confusa y compleja con subprivilegios de otro tipo (origen social, edad, pertenencia étnica, orientación sexual, etc.). Un papel importante lo desempeña, empero, la circunstancia de que la producción legislativa y la administración de justicia se ven llevadas a «falsas» clasificaciones, no sólo porque resulten insensibles y ciegas para los distintos contextos, sino porque la percepción que tienen de los contextos *viene dirigida por una comprensión paradigmática del derecho* ya superada. Éste es el tema más o menos tácito que une a las distintas corrientes del feminismo radical desde los años setenta. Este feminismo protesta contra esa premisa de la que parten tanto las políticas de equiparación liberales como las políticas de equiparación ligadas al Estado social, a saber, contra el supuesto de que la igualdad de derecho de los géneros puede conseguirse dentro del marco institucional existente y dentro de una cultura definida y dominada por los hombres.

Toda regulación especial que tenga por fin compensar las desventajas de las mujeres en el mercado de trabajo, en el matrimonio o tras una separación, en lo que respecta a seguridad social, a asistencia sanitaria, a acoso sexual, a pornografía, etc., descansa en una interpretación de las diferencias de situaciones vitales y experiencias típicas de cada sexo. En la medida en que la producción legislativa y la administración de justicia se orientan en todas estas cuestiones por patrones de interpretación tradicionales, el derecho regulativo afianza los *estereotipos* vigentes *de identidad sexual*. Con los «efectos de normalización» que la producción legislativa y la administración de

55. Sobre la historia del feminismo en América cf. *ibid.*, I parte.

56. *Ibid.*, p. 126: «Estas desigualdades interrelacionadas, junto con los cambiantes patrones de matrimonio, empleo y fertilidad, han contribuido a una creciente feminización de la pobreza. Aun cuando las clasificaciones oficiales de la pobreza son un índice imperfecto de la necesidad efectiva, pueden medir posiciones relativas. Las mujeres de todas las edades tienen una doble probabilidad de ser pobres sobre los varones. Y para las mujeres solteras y con hijos esa probabilidad se multiplica por cinco. Dos tercios de todos los adultos indigentes son mujeres y dos tercios de los persistentemente pobres viven en hogares dirigidos por mujeres. El noventa por ciento de las familias en las que falta un cónyuge están dirigidas por mujeres. Y la mitad de esas familias se hallan bajo la línea de pobreza. Entre las minorías la situación es peor; las mujeres dirigen tres cuartas partes de todas las familias negras pobres y más de la mitad de todas las familias hispánicas en situación de pobreza».

justicia generan de este modo, se convierten ellas mismas en parte del problema que habrían de resolver: «En el nivel más básico los planteamientos tradicionales han fracasado en el intento de generar *definiciones* coherentes o convincentes de la *diferencia*. Con demasiada frecuencia el derecho moderno (concerniente a igual protección del hombre y la mujer) ha tratado como inherentes y esenciales diferencias que sólo son culturales y contingentes. Las características relativas a sexo, o han sido sobreevaluadas, o han sido subestimadas. En algunos casos, como son aquellos que implicaban restricciones ocupacionales, los tribunales han permitido que la biología dictara el destino. En otros contextos, como es el de las discriminaciones relacionadas con el embarazo, los tribunales han ignorado las especiales necesidades reproductivas de la mujer. La insistencia en si las clasificaciones puestas en duda reflejaban algunas diferencias existentes entre ambos sexos ha oscurecido las desventajas que se siguen de tales diferencias... Tenemos que insistir no tanto en un trato igual, como en que las mujeres sean tratadas como iguales. Tal estrategia exigirá cambios sustanciales en nuestros paradigmas jurídicos...»[57].

Un ejemplo extremo es la discusión de la cuestión de si, y en qué funciones, las mujeres han de hacer el servicio militar. En lo que la discusión se centra sobre todo es en implicaciones simbólicas de la exclusión de las mujeres del servicio militar, por ejemplo en la cuestión de si las mujeres pueden pretender en su papel de ciudadanas el mismo respeto que los hombres si quedan eximidas de una obligación que guarda una conexión central con ese papel (el de ciudadano). De manera aún más palmaria se plantea el problema del peso de los estereotipos sexuales en la fijación de las diferencias relevantes en el sistema de ocupaciones civiles. Mientras la «situación laboral normal» del varón dedicado a su trabajo en régimen de jornada completa se tome como medida y criterio a la hora de hacer frente a las «desviaciones» necesitadas de compensación, las mujeres se verán obligadas por estas regulaciones compensatorias a adaptarse a instituciones que *estructuralmente* las ponen en situación de desventaja: «Un marco teoréticamente más satisfactorio para los litigios relativos a empleo no debería tomar como fijo ni el género, ni el tipo de puesto de trabajo. La cuestión no debería ser simplemente si las mujeres son o no "iguales que los hombres" con respecto a una ocupación dada. De más importancia es si esa ocupación puede ser redefinida para dar en ella acomodo a diferencias biológicas y de si el género, en tanto que constructo social, puede redefinirse para hacer que esas diferencias sean menos relevantes en lo tocante a empleo»[58]. La coerción que las políticas de equiparación, tanto las

57. *Ibid.*, p. 81.
58. *Ibid.*, pp. 97 s.

liberales como las ligadas al Estado social, ejercen sobre las mujeres en el sentido de obligarlas a adaptarse, y ello tanto más cuanto mayor es el éxito con que esas políticas logran imponerse, puede hacerse derivar en última instancia de que las diferencias entre los sexos no se entienden como relaciones necesitadas de interpretación y susceptibles de interpretación entre dos magnitudes de referencia igualmente problemáticas, sino que se entienden como desviaciones respecto del prototipo de «situación normal», es decir, de situación considerada aproblemática, esto es, de situación cortada a la medida de los varones. Esos dos paradigmas, coincidentes en las premisas, conducen, empero, a consecuencias distintas. Mientras que el paradigma ligado al Estado social tiene en cuenta las desviaciones, sometiéndolas a regulaciones especiales y fijándolas así como tales, el modelo liberal de mercado tiende más bien a pasar por alto y a trivializar las desigualdades fácticas[59].

Hoy la discusión gira en torno a la definición adecuada de las diferencias dependientes del sexo. Aun cuando el «feminismo de la relación» no está a veces demasiado lejos de una «glorificación» de la «femenina Naturaleza» (la ironía del lenguaje parece darle así la razón)*, el cambio de temas (de la asimilación o equiparación a la diferencia) no significa *sin más* un retorno a las definiciones tradicionalistas de roles: «Desde su perspectiva, la desigualdad de géneros no deriva tanto de que se nieguen a la mujer oportunidades abiertas a los hombres, sino de la devaluación de funciones y cualidades asociadas con las mujeres»[60]. Ciertamente la crítica feminista yerra su blanco propiamente dicho cuando, barruntando que el error radica en el propio *sameness/difference approach* como tal, es decir, en la dialéctica de igualdad jurídica e igualdad fáctica que el mandamiento de trato igual pone en marcha, junto con la comprensión paradigmática tradicional de los derechos, se despide también de la

59. Cf. C. A. MacKinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass., 1989, p. 219: «Hablando doctrinalmente, a las mujeres se les abren dos vías alternativas para la igualdad de los sexos dentro de la manera mayoritaria de considerar la discriminación sexual, vías que siguen las líneas de la tensión identidad/diferencia. La vía principal es: ser lo mismo que los hombres. Esta vía es la que se suele describir doctrinalmente como "neutralidad de género" y filosóficamente como "estándar único". El que esta regla se considere igualdad formal es un buen testimonio de cómo la sustancia se convierte en forma en el derecho... Para las mujeres que desean igualdad y que, sin embargo, se encuentran a sí mismas "diferentes", la doctrina proporciona una ruta alternativa: ser diferentes de los hombres. Este reconocimiento igual de la diferencia lleva jurídicamente el nombre de regla de beneficio especial o de especial protección, y filosóficamente el nombre de doble estándar. Pero huele un poco mal, pues recuerda aquellas leyes protectoras del trabajo femenino».

* Habermas juega aquí con el doble sentido de la expresión alemana *die weibliche Natur*, que podemos traducir por «la naturaleza femenina», es decir, la naturaleza de las mujeres, y la «femenina naturaleza», es decir, la Naturaleza que tiene nombre de mujer (*Nota del traductor*).

60. D. L. Rhode, *Justice and Gender*, p. 306.

idea de realización de los derechos en general[61]. Pues la teoría de los derechos no va necesariamente ligada a un recorte individualista del concepto de derecho[62]. Muy al contrario, cuando se parte de una concepción individualista del derecho, resulta bien fácil de reconocer cuál es la fuente real del yerro: los aspectos bajo los que las diferencias entre experiencias y situaciones vitales de (determinados grupos de) mujeres y varones se vuelven relevantes para una utilización de libertades subjetivas de acción, que quepa suponer dotada de unas mismas oportunidades, *han de empezar siendo aclarados en discusiones públicas*. Los estereotipos sexuales institucionalmente definidos no pueden suponerse como algo dado. Hoy estas construcciones sociales sólo cabe desarrollarlas ya de forma consciente; han menester de una articulación de puntos de vista que puedan guiar la comparación y de una fundamentación de los aspectos relevantes que ha de ser efectuada en discursos públicos *por los afectados mismos*. Apelando a la tradición pragmatista Martha Minow se atiene a la idea de derechos y de la dialéctica de libertad jurídica y libertad fáctica, una dialéctica que ha de dirimirse públicamente: «La interpretación de los derechos como rasgos de las relaciones interpersonales, dependientes de una negociación dentro de una comunidad comprometida con este modo de resolver sus problemas, liga el derecho no a alguna fuerza allende el control humano, sino a la responsabilidad humana por los patrones de relaciones intersubjetivas promovidos o impedidos por este proceso. De este modo la noción de derechos como instrumentos en la continuación del discurso comunal, ayuda a situar en los seres humanos la responsabilidad por la acción o inacción legales»[63].

La identidad sexual y la relación entre sexos son construcciones sociales que cristalizan en torno a diferencias biológicas, pero que varían históricamente. En la lucha por la equiparación de las mujeres y en el cambio de la comprensión paradigmática de los correspondientes programas jurídicos puede observarse que los derechos objetivos que han de garantizar también a las mujeres una configuración de sus propias vidas en el marco de una autonomía privada, en modo alguno pueden formularse de forma adecuada si antes no se han articulado y fundamentado de forma convincente los aspectos que en cada caso hayan de considerarse relevantes para decidir si

61. C. A. MacKinnonn, *Towards a Feminist Theory of the State*, caps. 12, 13; I. M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, 1990, cap. 4; C. Smart, *Feminism and the Power of Law*, London, 1989, pp. 138-159.

62. Contra la interpretación del discurso político en términos contextualistas y de un cierto escepticismo frente a la razón por parte de un feminismo posestructuralista se vuelve S. Benhabib, «Feminism and the Question of Postmodernism», en S. Benhabib, *Situating the Self*, Cambridge, 1992, pp. 203-241.

63. M. Minow, *Making All the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca, 1990, p. 309.

ambos sexos son objeto de un trato igual o desigual. El feminismo radical ha hecho valer el carácter falible, fundamentalmente controvertible, de esta autocomprensión. De ahí que concepciones que compiten entre sí acerca de la identidad de los sexos y de la relación de un sexo con otro habrán de exponerse a la discusión pública. Tampoco las vanguardias feministas disponen de ningún monopolio en lo que a definición se refiere. Sus portavoces, como los intelectuales en general, sólo podrán estar seguros de no prejuzgar nada y de no estar tutelando a nadie o sometiendo a nadie a tutela cuando todos los afectados reciban la efectiva oportunidad de elevar su voz para reclamar sus propios derechos desde sus experiencias concretas de integridad vulnerada, de permanente situación de desventaja social, de opresión. Las relaciones concretas de reconocimiento, que un orden jurídico legítimo no hace sino sellar, provienen siempre de una «lucha por el reconocimiento»; esta lucha viene motivada por el sufrimiento que produce el desprecio concreto de que uno es objeto y por la rebelión contra él[64]. Son, como ha mostrado A. Honneth, experiencias de humillación de la dignidad humana, las que han de quedar articuladas para certificar los aspectos bajo los que en el contexto concreto lo igual ha de ser tratado de forma igual y lo desigual de forma desigual. Esta disputa en torno a la interpretación de las necesidades no puede delegarse ni en los jueces ni en los funcionarios, ni siquiera en el legislador político.

De ello se sigue la consecuencia que nos importa en nuestro contexto. Ninguna regulación, por sensible que sea al contexto, podrá concretizar de *forma adecuada* el igual derecho a una configuración de la propia existencia en el marco de una autonomía privada, si simultáneamente no refuerza la posición de las mujeres en el espacio público-político, fomentando así la participación y comunicación políticas, que es el único lugar donde cabe aclarar los aspectos relevantes para un trato igual. Es el haberse percatado de esta conexión entre autonomía privada y autonomía pública lo que funda las reservas del feminismo contemporáneo frente al patrón de una política orientada a cosechar éxitos a corto plazo, instrumental, exclusivamente orientada a los resultados; es el haberse percatado de ello lo que explica el peso que bajo el rótulo de *identity politics* ese feminismo atribuye a los efectos que el proceso político tiene en lo concerniente al cambio de mentalidades. Conforme a esta comprensión procedimental, la realización de los derechos fundamentales es un proceso que sólo puede asegurar *la autonomía privada de ciudadanos dotados de los mismos derechos, si va de la mano de una activación de la autonomía ciudadana, de la autonomía pública, de éstos*. Este paradigma jurídico es incompatible con las proyecciones de una

64. A. Honneth, *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt a. M., 1992.

«identidad de los sexos en una sociedad justa» que fuera vinculante para todos, lo mismo si esa identidad viene determinada andróginamente que si, bajo el signo de la feminidad o de la maternidad, viene determinada por un dualismo de los sexos entendido en términos esencialistas. Por otra parte, la comprensión procedimentalista del derecho abre la perspectiva de una negación determinada de la injusticia identificable aquí y ahora: «Aun cuando *a priori* no podamos saber qué será la sociedad buena, conocemos de sobra qué no será como para poder hacer frente ya a una serie de problemas. No será una sociedad con grandes disparidades de género en lo referente a *status*, poder y seguridad económica. Tampoco será una sociedad que limite la libertad reproductiva de las mujeres, que tolere altos niveles de pobreza, violencia e injusticia racial, o estructure sus puestos de trabajo sin atender a las necesidades de la familia. Finalmente, y de forma muy fundamental, no será una sociedad que niegue a muchos de sus miembros las facultades y el poder que son necesarios para hacerse con las riendas de la propia existencia diaria de uno. Para desplegar todo su potencial, el feminismo tiene que sustentar una visión que no solamente se preocupe de las relaciones entre hombres y mujeres, sino también de las relaciones dentro de cada uno de esos grupos. La defensa de la igualdad entre los sexos que dio nacimiento al movimiento feminista es necesaria pero no suficiente para expresar los valores que animan a ese movimiento»[65].

III

Hasta aquí hemos discutido el paradigma procedimental del derecho en lo concerniente a la realización de los derechos; pero esta distinta comprensión del derecho se extiende también, e incluso en primera línea, al problema de cómo puede desarrollarse y articularse en las sociedades complejas el Estado democrático de derecho. Como hemos visto, el tránsito al modelo ligado al Estado social se justificó alegando que los derechos subjetivos no sólo pueden ser vulnerados por intervenciones ilegales, sino también por omisión de las necesarias prestaciones y operaciones por parte de la Administración. El cambio estructural de la sociedad había hecho recordar el contenido de derecho objetivo que ese derecho general a iguales libertades tiene. Pero con ello no entran en juego nuevos puntos de vista normativos: «La suposición determinante del paradigma del derecho formal de que sólo la justicia individualista garantizaba la solidaridad social, y de que sólo la libertad de contrato aseguraba una protección eficaz y justa de la confianza, resultó ser insostenible. El que cada vez aparezcan más deberes positivos de hacer prestaciones junto a los derechos negativos cuya función es defenderse de intervenciones, no implica, por tanto, ningún cambio fundamental en la idea de un derecho... fundado por el principio de reciprocidad»[66]. Lo que sí es nuevo es el peculiar efecto ambivalente de esos nuevos derechos sociales. Pues éstos sólo pueden fortalecer inequívocamente una configuración de la propia vida en el marco de una autonomía privada en la medida en que los sujetos dotados de esos derechos no sólo queden en situación de gozar de unas prestaciones otorgadas en términos paternalistas, sino que ellos mismos se impliquen en la interpretación de los criterios conforme a los que ha de establecerse la libertad jurídica en vista de las desigualdades fácticas. En un nivel abstracto esta condición queda ya cumplida con la legitimación democrática del legislador y con la división de poderes que caracteriza al Estado de derecho. Pero los ejemplos concretos, como pueden ser los tomados de las políticas feministas de eliminación de discriminaciones, nos hacen desconfiar de esta respuesta tan llana y simple. Con el crecimiento y el cambio cualitativo de las tareas estatales cambia la necesidad de legitimación; cuanto más se recurre al derecho como medio de regulación y control políticos y de configuración social, tanto mayor es la carga de la legitimación que la *génesis democrática del derecho* ha de soportar.

No cabe duda de que contenidos concretos y puntos de vista teleológicos penetraron ya siempre en el derecho a través de los programas políticos del legislador. Incluso el derecho formal burgués hubo de abrirse a fines colectivos, como, por ejemplo, la política militar y la política de impuestos. Mas en este caso la persecución de fines colectivos quedaba tan sometida a la función propia del derecho, es decir, a la normación de expectativas de comportamiento, que la política podía interpretarse como realización de derechos. Esta exigencia vale todavía para las decisiones colectivamente vinculantes de un Estado activo que con el medio del derecho trata de controlar y regular procesos sociales. Las condiciones de constitución del derecho y del poder político quedarían vulneradas si la política se sirviese de la forma del derecho para *cualesquiera* objetivos y destruyese así la función propia y específica del derecho. Tampoco en el Estado social puede el derecho agotarse en política si es que no ha de extinguirse la tensión inmanente entre facticidad y validez y, por tanto, la normatividad del derecho: «El derecho queda a disposición de la política, pero prescribe simultáneamente a la política las condiciones procedimentales bajo las que puede dispo-

65. D. L. Rhode, *Justice and Gender*, p. 317.

66. K. Günther, «Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts», en D. Grimm (ed.), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990, p. 62.

ner del derecho»[67]. Las restricciones a las que la política queda sujeta por la forma del derecho, son de tipo estructural, no de tipo cuantitativo, como supone el neoliberalismo. La *cantidad* de las políticas sólo conduce a una sobrecarga del medio que es el derecho si el proceso político vulnera las condiciones procedimentales (diferenciadas en los principios del Estado de derecho) de la producción legítima de derecho, y en última instancia: si el proceso político vulnera el procedimiento democrático de la configuración políticamente autónoma del sistema de los derechos. Pues en cuanto las políticas, que entonces sólo se limitarían ya a revestirse de las formas del derecho, se producen de suerte que no obedecen a las condiciones de la génesis democrática del derecho, se pierden también los criterios conforme a los que pueden ser enjuiciadas normativamente. En la ejecución de tales programas los criterios de legitimidad de la regulación jurídica quedan sustituidos por los criterios de efectividad conforme a los que se mide el empleo de poder político. Y de hecho este peligro parece crecer al imponerse la expectativa de cada vez más tareas estatales. Pues entonces, desde el punto de vista de un sistema administrativo autonomizado, el derecho, instrumentalizado para objetivos políticos, degenera en un medio más entre otros para resolver los problemas de integración funcional, y sólo éstos[68]. Bajo esta premisa la diversidad categorial de ambos tipos de criterios no es objeto de explicitación y desarrollo, sino que es objeto de una reinterpretación empirista. «La formación política *legítima* de la opinión y la voluntad, así como la imposición *eficiente* de los programas políticos, son entendidas como dos condiciones no heterogéneas de la posibilidad de conseguir con éxito cambios estructurales sociales mediante la planificación política»[69].

Los problemas de legitimación no pueden reducirse a la ineficiencia de las operaciones de control o regulación estatal. Las faltas de legitimación resultan de una perturbación de la génesis democrática del derecho, cualquiera sea la forma como los problemas de este tipo se concatenan con las consecuencias de problemas de regulación o control no resueltos. Quien sólo considera los problemas de legitimación como variable dependiente de los problemas de regulación o control, parte de la falsa premisa de que el derecho movilizado en términos de Estado social queda al arbitrio de una compatibilización de orientaciones valorativas que compiten entre sí de cualquier modo, y ello de forma ajena a todo criterio. Esta imagen

67. *Ibid.*, p. 57.

68. Algunos de los discípulos del «positivismo democrático de la ley» de la época de Weimar no fueron por lo demás inmunes a esta forma de ver de un legislador comprometido con el Estado social, que es insensible a la específica lógica normativa de la forma jurídica.

69. K. Günther, «Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts», p. 65.

es el producto y resultado de una falsa comprensión paradigmática del derecho. En la medida en que tiene un contenido descriptivo, no hace sino describir las consecuencias de un desconcierto y confusión, que puede aclararse a la luz de la comprensión procedimentalista del derecho: en ese tornarse contingentes los criterios delátase el desenraizamiento del derecho regulativo respecto del suelo de la producción legítima del derecho. Pues tales criterios sólo pueden formarse en esos foros públicos en que toman la palabra las experiencias biográficas de represión y falta de respeto. En la medida en que la formación institucionalizada de la opinión y la voluntad pierde el contacto con un proceso espontáneo, no coercitivo, de articulación de las necesidades, le faltan los parámetros que ella no puede engendrar por su propia cuenta. Y entonces la dialéctica de igualdad jurídica e igualdad fáctica retorna a una especie de «estado de naturaleza» de tipo secundario; queda regida por los criterios que surgen contingentemente y al azar de los procesos de adaptación de una Administración que en muy buena medida se programa a sí misma. Las instancias estatales que instrumentalizan los derechos atendiendo a la consecución de fines colectivos, se autonomizan en concierto con sus clientes más poderosos dando lugar a una administración de bienes colectivos sin que la selección misma de los fines quede controlada por el proyecto de realización y puesta en práctica de derechos que no pueden instrumentalizarse.

Hoy saltan a la vista tales tendencias hacia una autonomización del poder ilegítimo. Pero lo problemático son las descripciones de estas tendencias, que no se limitan a registrar la socavación del Estado de derecho, sino que la presentan como consecuencia *inevitable* de los cambios estructurales que se han producido en el Estado y en la sociedad. Recordaré primero las opiniones más conocidas acerca de la crisis del Estado de derecho y entraré en la comprensión funcionalista de fondo que da a estos diagnósticos de crisis el tono fatalista con que se presentan (1). Después trataré de explicar desde el punto de vista del paradigma procedimentalista del derecho la «atrofia de la validez de la Constitución», de la que se habla en esos diagnósticos (2). Concluiré con una breve observación sobre el sentido del «proyecto» de una comunidad jurídica que se organiza a sí misma (3).

(1) El eje de la crítica actual del derecho es la decreciente eficacia vinculante de la ley parlamentaria y el riesgo que corre el principio de la división de poderes de venirse abajo en un Estado que se ve confrontado con tareas crecientes y cualitativamente nuevas. Mientras que la Administración clásica[70] pudo concentrarse en las tareas de orden de que había menester una sociedad económica, la cual

70. D. Grimm, *Recht und Staat der Bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1987.

quedaba por lo demás abandonada a sus propios mecanismos económicos de autorregulación y control, esa Administración sólo necesitaba en principio intervenir cuando quedaba perturbado el orden que el derecho constitucional consagraba para el largo plazo y que quedaba garantizado en términos de Estado de derecho. A la medida de estos casos estaba recortada la ley abstracta y general, que da precisión a materias y casos típicos articulándolos en conceptos jurídicos y asociándolos con consecuencias jurídicas unívocamente definidas; pues el sentido del orden jurídico consistía en proteger la libertad jurídica de los ciudadanos frente a las intrusiones de un aparato estatal restringido a la conservación del orden. Pero en cuanto el legislador del Estado social recurrió a la Administración para cumplir tareas de planificación, configuración y regulación y control políticos, dejó de bastar la ley en la forma clásica de ésta para programar suficientemente la praxis de la Administración. Pues aparte de la Administración interventora de corte clásico, cuya actividad puede clasificarse de reactiva, bipolar y puntual, surgieron administraciones planificadoras y encargadas de proveer a las necesidades básicas de la existencia de sus clientes y, por tanto, con una praxis de tipo muy distinto[71]. Esta Administración moderna, especializada en prestaciones y fomentos, que se encarga de tareas concernientes a las necesidades individuales en la existencia de sus clientes, a poner a punto la infraestructuras necesarias y a planificar la evitación de riesgos, es decir, se dedica a tareas de regulación-control políticos en el sentido más lato del término, actúa orientándose hacia el futuro y cubriendo los distintos campos; sus intervenciones afectan además a las relaciones de los ciudadanos y de los grupos sociales entre sí. La moderna práctica administrativa «presenta un grado de complejidad, de dependencia de la situación y de incertidumbre tan alto, que no cabe nunca anticipársele en el pensamiento de forma completa y, en consecuencia, tampoco se la puede predeterminar normativamente de forma concluyente. Aquí fracasa, por tanto, en buena medida el tipo clásico de norma del programa condicional que, en relación con la materia de que se tratase, enumeraba las condiciones bajo las que el Estado estaba facultado para intervenir y, al referirse a las consecuencias jurídicas, determinaba a qué medidas podía recurrir el Estado»[72]. El espectro de las formas jurídicas se ha visto ampliado con leyes-medida, leyes experimentales de vigencia limitada en el tiempo

71. D. Grimm, «Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats», en Id., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a. M., 1991, p. 165: «Era reactiva en cuanto que presuponía siempre un suceso externo que se interpretaba como perturbación; bipolar en cuanto que la actividad se restringía a la relación entre el Estado y el elemento perturbador; y puntual en cuanto que se agotaba en la prevención o eliminación de perturbaciones particulares».

72. *Ibid.*, p. 172.

y leyes con las que se pretende dirigir y controlar, pero sin certidumbre sobre los resultados que se buscan y, por tanto, sin consecuencias jurídicas claras; y la penetración en el lenguaje del legislador de remisiones que semejan una carta blanca, de cláusulas generales y en general de conceptos jurídicos indeterminados, ha provocado esa discusión sobre la «indeterminación del derecho» que inquieta por igual a la jurisprudencia americana y a la jurisprudencia alemana[73].

Aquí nos interesan las consecuencias que de la materialización del derecho se siguen para la división funcional de poderes[74]. Hemos discutido ya en detalle la crítica de que hoy es objeto el desarrollo del derecho por parte de los jueces, desarrollo que llega a convertirse en una legislación implícita, poniendo así en peligro la racionalidad de la administración de justicia y sobrecargando en exceso la base de legitimidad con que cuenta el poder judicial. Más inquietante todavía es el déficit de regulación constitucional de esa Administración encargada de crecientes tareas de regulación y control[75]. Ciertamente, la relación autoritaria de la Administración con sus clientes, hace ya mucho tiempo que ha quedado sustituida por una relación articulada en términos de derecho administrativo, judicialmente controlada, que liga a ambas partes. Además, mediante una extensión de la reserva de ley se ha visto ampliado el ámbito de competencia de la jurisdicción administrativa, así desarrollada[76]. Pero todo ello no compensa suficientemente la debilidad del efecto vinculante del derecho regulativo porque la Administración, en el cumplimiento de sus tareas de regulación y control, en múltiples aspectos no depende de intervenciones en un sentido técnico-jurídico: «Y donde no hay intervención, no hay reserva de ley; donde no hay reserva de ley, no hay vinculación a la ley; y donde no hay vinculación a la ley por parte de la Administración, no hay ningún control de legalidad por parte de los tribunales. Pero el déficit se extiende también al ámbito donde sí hay intervención en sentido técnico-jurídico. En ese ámbito la reserva de ley pierde su efecto protector de derechos fundamentales, cuando se trata de un cambio

73. Ch. Joerges y D. M. Trubek (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, 1989.

74. En Alemania la discusión acerca de la generalidad de la ley sigue viniendo determinada por la exposición que de este asunto hizo Carl Schmitt en su *Teoría de la Constitución* de 1928 y que resultó bien influyente en la República Federal, directamente a través de E. Forsthoff, o indirectamente a través de F. Neumann. Yo mismo me vi influido por ella en los años cincuenta: cf. mi introducción a J. Habermas, L. v. Friedeburg, Ch. Oehler y F. Weltz, *Student und Politik*, Neuwied, 1961, pp. 11-55. Cf. el balance histórico y el clarificador análisis sistemático que hace H. Hofmann, «Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes», en Ch. Starck (ed.), *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, Göttingen, 1987, pp. 9-48.

75. Cf. más arriba caps. V y VI.

76. W. Schmidt, *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982, pp. 241-261; H. Faber, *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1987, pp. 25 ss.

de relaciones y estructuras sociales, emprendido por el legislador mismo, que afecta a grandes grupos sociales con posiciones jurídicas en lo tocante a derechos fundamentales que pueden colisionar unas con otras»[77]. En tales ámbitos la Administración se programa a sí misma y procede conforme a máximas como son el principio de proporcionalidad o las cláusulas de exigibilidad e inconveniencia, que son bien conocidas por la jurisprudencia y que ya no permiten un trato normativamente neutral con las leyes previas a la actuación administrativa.

La dilatación del horizonte temporal en el que la actividad estatal planificadora, y en especial la actividad estatal preventiva, han de moverse, agudiza estos problemas. El Estado está crecientemente implicado en la producción de nuevos riesgos determinados por la ciencia y la técnica, ya sea de forma activa, ya sea por omisión. Con los riesgos que se siguen, por ejemplo, de la energía nuclear o de la tecnología genética, se plantea el problema de los intereses de las generaciones futuras, el cual exige (también, naturalmente, por parte del legislador) una ampliación de perspectiva, en la que quepa hacer valer vicariamente esos intereses futuros. Y en general, los peligros de la «sociedad del riesgo»[78] plantean exigencias bien arduas tanto a la capacidad analítica y a la capacidad de pronóstico y previsión de los expertos, como a la capacidad de elaboración, a la disponibilidad a la acción y a la velocidad de reacción de las Administraciones responsables de prevenir esos riesgos, esas exigencias son tales, que los problemas de vinculación a la ley y de seguridad jurídica que el Estado social ya de por sí plantea, se agudizan dramáticamente. Por un lado, las normas preventivas del legislador sólo muy parcialmente pueden ya regular y conectar retroalimentativamente con el proceso democrático unos programas de acción que por fuerza han de ser muy complejos, que se adentran profundamente en el futuro, que dependen de lo acertado de los pronósticos, que necesitan de constantes autocorrecciones y que, por tanto, son programas de acción dinámicos. Por otro lado, fracasan los medios de regulación-control de tipo imperativo de la prevención clásica, más bien orientados a los riesgos concernientes a cosas que a los riesgos potenciales a que pueden verse expuestos grandes grupos de personas. En vista de los espacios de discrecionalidad que esa Administración, que se vuelve cada vez más activa en lo concerniente a prevención, no tiene más remedio que cubrir, y ello conforme a puntos de vista técnicos que siempre resultarán controvertibles, tampoco la dinamización de la protección de los derechos fundamentales garantiza una protección jurídica, que

77. D. Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 26.

78. U. Beck, *Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., 1986; Id., *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt a. M., 1988.

quepa considerar suficiente: «En lo tocante a protección jurídica el mero otorgamiento de posiciones procedimentales, en sustitución de facultades materiales claras, no mejora en modo alguno la situación de los afectados»[79]. Denninger observa a este respecto un «desplazamiento del centro de gravedad de un sistema de seguridad jurídica a un sistema de seguridad de *bienes* jurídicos», que «modifica y disuelve» la protección jurídica individual[80]. Además la dialéctica a que el Estado social da lugar entre las facultades de que dota al sujeto y la tutela a que somete al sujeto, se agudiza en la medida en que el control del cumplimiento de los deberes en lo que respecta a derechos fundamentales tiene por consecuencia una ampliación y rearme por el que el Estado de derecho se convierte en «Estado de la seguridad»[81]: «Esto vale sobre todo para ese cambio que se produce en la libertad garantizada por los derechos fundamentales cuando una sociedad produce tal cantidad de riesgos contra la seguridad jurídica, que los bienes jurídicos básicos amenazados sólo pueden protegerse ya mediante una considerable ampliación del aparato de *surveillance* del Estado»[82].

El aumento de las tareas de regulación-control no sólo tiene por consecuencia la autonomización del aparato administrativo frente a un legislador marginalizado. Envuelve también al Estado en negociaciones con los sistemas funcionales de la sociedad, con las grandes organizaciones, con las grandes asociaciones, etc., que cada vez se sustraen más a una regulación imperativa (a través de sanciones, impuestos o estímulos financieros) y sólo resultan ya accesibles a medios persuasivos de comunicación: «Frente a la regulación-control de tipo indirecto no se da ningún deber de obediencia... Las medidas políticas se convierten en objeto de negociaciones, en las que los destinatarios privados de esas medidas de control del Estado se hacen pagar por el Estado su (de ellos) disponibilidad a la obediencia... Estado y sociedad están aquí frente a frente en un mismo plano»[83]. La soberanía del Estado queda enterrada en la medida en que corporaciones socialmente poderosas participan en el ejercicio del poder público, sin quedar sujetas a las responsabilidades que son habituales cuando se trata de órganos del Estado. Como ya hemos señalado, actores sociales dotados de un poder paraconstitucional de negociación hacen añicos el marco de la Constitución. También los partidos políticos que conforme al artículo 21 de la *Grundgesetzt*

79. E. Denninger, «Der Präventions-Staat», en E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990, p. 42.

80. *Ibid.*, pp. 33, 35.

81. J. Hirsch, *Der Sicherheitsstaat*, Frankfurt a. M., 1980.

82. D. Grimm, «Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention», en D. Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, p. 217.

83. D. Grimm, *Wachsende Staatsaufgaben*, p. 19.

(Constitución) tienen la función de «cooperar en la formación de la voluntad política del pueblo» se han autonomizado mientras tanto constituyendo un *cartel* de poder que integra todos los poderes del Estado, *cartel* que, por muy buenas razones, no está previsto en la Constitución. Los partidos, antaño catalizadores en la transformación de la influencia político-publicística en poder comunicativo, se han posesionado del ámbito nuclear del sistema político sin plegarse a la división funcional de poderes. Ejercen funciones paraestatales de integración, y ello (*a*) a través de unas capacidades de reclutamiento de personal que alcanzan a la Administración, a la Justicia, a los medios de comunicación de masas, y a otros sectores sociales, (*b*) a través del desplazamiento de las decisiones políticas desde los organismos formalmente competentes a la trastienda de los acuerdos informales y de los convenios y pactos entre partidos, y (*c*) a través de una instrumentalización del espacio público-político con vistas a obtener la licencia para hacerse con el poder administrativo.

Podrá discutirse sobre las formulaciones, o sobre cómo se han puesto los acentos en este diagnóstico de crisis, o en otros similares. Pero no cabe duda de que todos aciertan con tendencias que representan elementos de crisis del Estado de derecho, para las que la respuesta correcta no es ni el restarles importancia, ni tampoco el retorno a la comprensión liberal del derecho[85]. Pero la conclusión de que la complejidad de las nuevas tareas de regulación y control de que ha de hacerse cargo el Estado desbordan como tal el medio que es el derecho, tampoco nos parece que pueda aceptarse sin más. La fuerza sociointegradora del derecho sólo habría quedado estructuralmente desbordada si la crisis del Estado de derecho se presentase como una crisis *sin salida*. Sospecho que tal sensación de hallarse en una situación sin salida se debe más bien a los prejuicios funcionalistas de esa comprensión del derecho que no logra apartar la vista de la actividad estatal.

Utilizando como hilo conductor el aumento de complejidad de las tareas del Estado, ofrécese una periodización algo elemental, conforme a la que el Estado hubo de especializarse primero en la tarea clásica de mantenimiento del orden, después en la distribución justa de las retribuciones, indemnizaciones y compensaciones sociales y, por último, en hacer frente y en dominar situaciones colectivas de riesgo. La domesticación de la soberanía estatal absolutista, la superación de la pobreza generada por la propia dinámica del capitalismo, la previsión frente a los riesgos provocados por la ciencia y la tecnología marcan los temas epocales y las metas: seguridad jurídica, bienestar social y prevención. A la medida de estos objetivos estarían entonces cortadas las formas típico-ideales de Estado, a

84. B. Peters, *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 136 ss.

saber, Estado de derecho, Estado social y Estado de la seguridad. Pero ya la propia denominación de estos tipos ideales sugiere que sólo la formación histórica que representa el Estado de derecho mantiene un estrecho parentesco con el derecho. La Administración interventora del Estado liberal de derecho no recurre a otra cosa que al derecho mismo, mientras que la actividad configuradora del Estado social y la regulación-control indirectos del Estado preventivo han de apoyarse cada vez más en otro recurso: en el dinero y en operaciones de infraestructura que valen dinero, o en la información y conocimientos de los expertos. Sólo la Administración interventora de corte clásico puede solucionar suficientemente sus tareas con los medios normativos del derecho; las administraciones del Estado social y del Estado orientado a la prevención y seguridad han de apoyarse en una base monetaria ampliada y en una nueva base de saber, y al haber de adaptarse a un modo o estilo cognitivo de acción, han de tomar distancia respecto de los medios normativos que proporciona el derecho.

Cuando uno se interesa por las condiciones funcionales de una Administración eficaz, esta perspectiva analítica es quizá fecunda. Pero los resultados de una consideración funcionalista no deben convertirse, cortocircuitando las cosas, en paradigmas jurídicos. La tendencia a la «objetivización», que es la que salta a la vista cuando se adopta una perspectiva funcionalista, lo único que significa es que los problemas que no hay más remedio que afrontar, son cada vez menos de naturaleza jurídica; pero no significa que la correspondiente praxis de la Administración pueda sustraerse cada vez más a la regulación jurídica. Tal cosa sólo puede quedar sugerida por el modo y manera como se señalan o denominan los problemas que en cada época resultan primordiales. Conforme a tal denominación sólo el Estado liberal puede resolver su problema, a saber, el problema de producir seguridad jurídica recurriendo al medio que es el derecho. Sólo en vista de la complementariedad entre Administración interventora y sociedad económica liberal coinciden las condiciones de eficacia de la actividad estatal con las condiciones esenciales de una legitimidad asegurada en términos de derecho formal. En los periodos siguientes queda claro que las condiciones de efectividad y eficacia no tienen por qué coincidir en modo alguno con las condiciones de legitimidad. Y de ello resultan nuevos conflictos de objetivos para las Administraciones que han de encargarse de tareas de planificación y de tareas de control y regulación de tipo indirecto y que han de operar conforme a los principios del Estado de derecho. Pero esos conflictos de nuevo tipo no causan *sin más* una pérdida de relevancia del derecho, ni mucho menos una desvinculación respecto de las normas del Estado de derecho. Ahora bien, para abordar la cuestión de cómo puede garantizarse de otro modo la libertad y la igualdad

jurídicas, lo mejor es pasar a una perspectiva analítica distinta. Pues si se parte de la cuestión de cómo puede realizarse el sistema de los derechos en vista del cambio funcional de la Administración, esa periodización efectuada desde puntos de vista de sociología de la Administración pierde la precisión que desde la otra perspectiva ofrecía. Cuando se los considera desde la perspectiva de la dogmática jurídica, con los nuevos riesgos a que se ve sujeta la seguridad no se plantean nuevos problemas, sino que en todo caso se agudizan los viejos, a saber, esos problemas que ya nos resultan conocidos (por la evolución del Estado social) de una decreciente eficacia vinculante del derecho regulativo. Un problema *nuevo* lo plantean las normas preventivas sólo en lo que respecta a la ampliación a que ha de procederse de la protección jurídica individual a la protección jurídica colectiva.

Más importante en nuestro contexto es la circunstancia de que el poder administrativo autonomizado, en modo alguno puede descolgarse sin más de las normaciones propias del Estado de derecho sin que de ello se sigan consecuencias. Pues una Administración que se programase a sí misma tendría que abandonar en su trato con cuestiones y razones normativas la neutralidad prevista en el esquema clásico de la división de poderes. En este aspecto no se observa precisamente una tendencia a la «objetivización», es decir, una tendencia a reducirse exclusivamente al trato con elementos no normativos. En la medida en que la Administración pública asume tareas del legislador político y las desarrolla en la ejecución de sus propios programas, ha de decidir por su propia cuenta cuestiones relativas a fundamentación de normas y a aplicación de normas. Pero las cuestiones prácticas no pueden decidirse desde puntos de vista de eficacia, sino que exigen un trato racional con razones normativas. Y una Administración que se reduzca a un estilo puramente cognitivo de actuación, carecerá de los correspondientes presupuestos comunicativos y de los correspondientes procedimientos para ello. La negación tecnocrática y la redefinición empirista de las cuestiones prácticas que no pueden resolverse directamente, o que no son resolubles en el punto en que surgen, no conduce de ningún modo a una elaboración objetualizada u objetivizada u objetificada del problema; antes tiene por consecuencia ese cuasi «estado de naturaleza» de tipo sucundario a que da lugar una «compatibilización de complejos valorativos» (Günther) carente de todo criterio. Estos signos de erosión del Estado de derecho señalizan, ciertamente, tendencias de crisis; sin embargo, lo que en ellos se manifiesta es más bien una *insuficiente institucionalización de los principios del Estado de derecho* que una sobrecarga que, sin posibilidad alguna de salida, esos principios hubiesen impuesto a una actividad estatal que se vuelve cada día más compleja.

(2) Los paradigmas jurídicos posibilitan diagnósticos de la situación capaces de orientar la acción. Aclaran el horizonte de una sociedad dada en lo concerniente al proyecto de realización del «sistema de los derechos». En este aspecto tienen primariamente una función abridora de mundo. Los paradigmas abren perspectivas de interpretación desde las que los principios del Estado de derecho pueden ser referidos (en una determinada interpretación) al contexto de la sociedad global. Iluminan las restricciones y los espacios de posibilidad de la realización de los derechos fundamentales, los cuales, en tanto que principios no saturados, han menester de una ulterior interpretación, desarrollo y configuración. De ahí que el paradigma procedimental del derecho contenga también, como todos los demás, ingredientes normativos e ingredientes descriptivos.

La *teoría discursiva del derecho* entiende, por una parte, el Estado democrático de derecho como la institucionalización que discurre a través de derecho legítimo (y que, por tanto, garantiza la autonomía privada) de procedimientos y presupuestos comunicativos para una formación discursiva de la opinión y la voluntad, la cual hace posible a su vez (el ejercicio de la autonomía política y) una producción legítima de normas. La *teoría comunicativa de la sociedad*, es decir, la teoría de la sociedad, articulada en conceptos de comunicación, entiende, por otro lado, el sistema político articulado en términos de Estado de derecho como un sistema más entre varios sistemas de acción. Éste puede «actuar de garante» en lo concerniente a resolver los problemas de integración de la sociedad global mediante una interacción entre la formación institucionalizada de la opinión y de la voluntad y las comunicaciones públicas informales, porque esa integración, a través del espacio de la opinión pública basado en la sociedad civil, queda inserta en los contextos de un mundo de la vida que le resulta favorable (es decir, de un mundo de la vida caracterizado por una cultura política habituada a la libertad y por los correspondientes patrones de socialización). Finalmente, una determinada concepción del derecho establece una relación entre la consideración normativa y la consideración empírica. Según esta concepción, la comunicación jurídica puede entenderse como un medio a través del cual las estructuras de comunicación realizadas en la acción comunicativa se transfieren del nivel de las interacciones simples al nivel abstracto de las relaciones organizadas. La película tejida de comunicaciones jurídicas puede envolver a toda la sociedad, por compleja que ésta sea. El paradigma procedimental del derecho es, por lo demás, resultado de una disputa de paradigmas, y está todo él bajo la premisa de que el modelo liberal del derecho y el modelo de derecho ligado al Estado social interpretan la evolución jurídica en términos *excesivamente concretistas* y ocultan la conexión que se da entre autonomía privada y autonomía pública, la cual necesita ser *interpre-*

tada caso por caso. Bajo esta premisa las mencionadas tendencias a la crisis aparecen a una luz distinta; y de la distinta valoración síguense recomendaciones prácticas distintas.

Como problema central se considera esa instrumentalización del derecho para fines de la regulación y control políticos que desborda la estructura del medio que es el derecho y disuelve la vinculación de la política a la realización de derechos que sean incondicionales. Pero desde el punto de vista procedimentalista este problema no puede hacerse derivar ya del desplazamiento de un tipo de derecho por otro. El avance del derecho regulativo es sólo la *ocasión* de la disolución de una determinada forma histórica de la división de poderes inherente al Estado de derecho. Hoy el legislador político, según sea la materia necesitada de regulación, ha de escoger entre derecho formal, derecho material y derecho procedimental. De ello se sigue la necesidad de una institucionalización distinta de la división de poderes. Pues el trato reflexivo con formas de derecho alternativas impide que se dé preferencia a la ley abstracta y general como gozne, sólo sobre el cual pudiese girar la separación institucional entre las instancias productoras del derecho, las instancias aplicadoras del derecho y las instancias ejecutoras del derecho. Pues tampoco durante el llamado periodo liberal la división institucional de poderes se solapó nunca con la división funcional. Pero esas diferencias se han vuelto aún más visibles en el curso del desenvolvimiento del Estado social. El hablar del «legislador», de la «justicia» y de la «administración», no hace sino velar o tapar la lógica de esa división de poderes ligada al Estado de derecho, que *en un plano de abstracción distinto* regula quién y cómo puede disponer de qué clase de razones y el modo de haberse con esas razones. La lógica de la división de poderes exige la institucionalización de distintos tipos de discursos y de las correspondientes formas de comunicación que —cualquiera sea el contexto de que se trate— abren posibilidades de acceso a las correspondientes clases de razones. Un trato reflexivo con los problemas necesitados de solución, con los correspondientes tipos de derecho y con las necesarias razones tiene consecuencias tanto para la génesis democrática de los programas jurídicos como para su ulterior desarrollo. Lo irritante y nuevo en la situación actual es la ancha difusión del acceso reflexivo a razones normativas que, conforme al esquema clásico de la división de poderes, estaban reservadas al legislador parlamentario y a la administración de justicia. Voy a comentar esto brevemente.

(*a*) El trato reflexivo con el derecho exige del *legislador parlamentario* que tome primero decisiones en un metanivel, es decir, que tome decisiones acerca de si ha de tomar decisiones, de quién habría de tomarlas en su lugar y, en caso de que quiera decidir, qué

consecuencias se siguen para la elaboración y desarrollo legítimo de sus programas. En los casos simples el desplazamiento incontrolado de competencias legislativas hacia los tribunales y las Administraciones viene fomentado por la oportunista actitud de «esperar y ver» de un legislador que renuncia a hacer uso de sus competencias y a regular materias que por su propia naturaleza exigen leyes. En otros casos plantéase la cuestión esencialmente más difícil de si el legislador parlamentario, mediante una decentralización de competencias legislativas especificadas a la vez funcionalmente, podría descargarse de decisiones que él sería incapaz de tomar con la precisión suficiente. Pero si opta por introducir derecho regulativo, y éstos son los casos de los que normalmente provienen los problemas, ha de tomar las providencias necesarias para que quede compensada de forma legítima por la Justicia y la Administración la debilidad que ese derecho ofrece en lo que a vincular eficazmente se refiere.

Mientras que el legislador, en la persecución de sus políticas, interpreta y desarrolla derechos, la *Justicia* sólo puede movilizar las razones que le vienen previamente dadas con el «derecho y la ley», con el fin de llegar a decisiones coherentes en los casos particulares. Esto vale también, como hemos visto, para las interpretaciones constructivas a que no tiene más remedio que proceder un Tribunal Constitucional al que una comprensión procedimentalista del derecho obligaría a un papel más bien restrictivo. En el paradigma procedimental del derecho se consideran sobre todo dignas de protegerse las condiciones procedimentales del proceso democrático. O en todo caso esas condiciones cobran una posición que hace aparecer a otra luz bastantes colisiones. Pues en el paradigma procedimental del derecho los puestos que dejan vacantes el participante privado-autónomo en el mercado, del que partía el paradigma liberal del derecho, y el cliente de las burocracias del Estado social, pasan a ser ocupados por ciudadanos que toman parte en discursos políticos para hacer valer intereses vulnerados, y que por vía de la articulación de esos intereses cooperan en el desarrollo de criterios concernientes al trato igual de los casos iguales y al trato desigual de los casos desiguales. En la medida que las leyes han menester de una concretización por la que quedan desarrolladas, y ello en un grado tal que la Justicia pese a todas las cautelas ha de tomar decisiones en esa zona gris entre la producción legislativa y la aplicación del derecho, los discursos jurídicos de aplicación han de complementarse de forma clara y reconocible con elementos tomados de los discursos de fundamentación. Estos elementos de una formación cuasi legisladora de la opinión y de la voluntad necesitan, empero, de una legitimación distinta. Esa carga legitimatoria adicional podría quedar satisfecha obligando institucionalmente a la Justicia a dar justificaciones ante un foro ampliado de críticos de ella. Para ello sería me-

nester la institucionalización de un espacio público-jurídico que vaya más allá de la actual cultura de expertos y sea lo suficientemente sensible como para convertir en foco de controversias decisiones de principio que resulten problemáticas.

(*b*) Sin embargo, la debilidad del derecho regulativo en lo concerniente a la eficacia del vínculo que establece, exige ante todo compensaciones en el ámbito de una Administración encargada de tareas de regulación y control, que ya no se puede limitar a una ejecución normativamente neutral, técnica, de la ley en el marco de competencias normativamente unívocas. Conforme al modelo expertocrático la Administración sólo tenía que tomar decisiones pragmáticas; naturalmente, la Administración nunca se atuvo a ese ideal. Pero en las modernas Administraciones del Estado social se acumulan problemas que exigen una ponderación de bienes colectivos, la elección entre objetivos que compiten entre sí y el enjuiciamiento normativo de casos particulares. Estos problemas sólo pueden elaborarse de forma racional en discursos de fundamentación y de aplicación que rompen el marco profesional de un cumplimiento normativamente neutral de tareas. Pero entonces en las tomas de decisión de una Administración que ha de seguir orientándose por puntos de vista concernientes a eficacia hay que insertar *filtros de legitimación* con ayuda del derecho procedimental. En este aspecto mi imagen del aparato estatal como una fortaleza democráticamente «sitiada», puede conducir a error[85]. En la medida en que la Administración, en el proceso de implementación de ese tipo de leyes que por su propia estructura son esencialmente abiertas, no puede abstenerse de recurrir a razones de tipo normativo, estos pasos de producción administrativa del derecho habrían de poder efectuarse en formas de comunicación y conforme a procedimientos que satisfaciesen a condiciones de legitimación exigidas por la propia idea de Estado de derecho. La cuestión de si para tal «democratización» de la Administración, que fuese más allá del deber que ésta tiene de informar y que complementase desde dentro el control parlamentario y judicial de la Administración, lo más apropiado es la participación de los afectados en la toma de decisiones, la activación de «defensores del pueblo», procedimientos análogos a los de los tribunales, audiencias públicas, etc., o de si para un ámbito tan dado a las perturbaciones y tan sensible a ellas y tan dependiente de criterios de eficacia sería menester encontrar otros mecanismos, esa cuestión, digo, como ocurre siempre en esta clase de innovaciones, es una cuestión a la que sólo cabe hallar respuesta mediante una combinación de fantasía institucional y un cauteloso

85. J. Habermas, «La soberanía popular como procedimiento», cf. *infra*, pp. 589 ss.

procedimiento de *stop and go*. Pero las prácticas de participación en la Administración no pueden considerarse como sucedáneos de protección jurídica, sino como procedimientos de legitimación (operantes *ex ante*) de decisiones que, por lo que hace a su contenido normativo, sustituyen a actos del legislador o de la administración de justicia.

Naturalmente esto no convierte en superfluos los controles de tipo reactivo a que la Administración está sometida. Al agujereamiento de la *protección jurídica individual*, que ya hemos discutido en conexión con las tareas preventivas del Estado, ha de hacerse frente con cautelas tales como la ampliación de la reserva de ley, la dinamización de la protección de los derechos fundamentales, las formas colectivas de protección jurídica, etc. Pero estos expedientes jurídicos permanecen ineficaces mientras los afectados no estén dispuestos a, o no estén en situación de, hacer valer sus derechos. El paradigma procedimental del derecho hace que el legislador vuelva la mirada sobre las condiciones de movilización del derecho. Cuando, como hoy ocurre, se producen un alto grado de diferenciación social y la correspondiente fragmentación del estado de conocimiento y de la conciencia de los grupos potencialmente amenazados, lo indicado son mecanismos que «pongan a los individuos en condiciones de desarrollar intereses, de defenderlos comunitariamente y de hacerlos valer en los procesos estatales de decisión»[86].

(*c*) Estas consideraciones no tocan todavía esa *relación de cuño neocorporativista* con aquellas organizaciones y sistemas funcionales de la sociedad que, por su poder social y por su compleja estructura interna, se distinguen de otros clientes necesitados de protección jurídica aunque sólo sea porque en buena medida resultan inaccesibles a una regulación o control de tipo imperativo. Hemos visto que la arquitectónica del Estado de derecho sufre quebranto cuando el Estado se contenta en tales negociaciones con la posición de un participante entre otros. Ante decisiones políticas que resultan relevantes para la sociedad global, el Estado tiene que seguir haciendo valer los intereses públicos y, llegado el caso, tiene que poder imponerlos. Aun cuando en tales casos el Estado se presente en el papel de un consejero o de un supervisor inteligente que pone derecho procedimental a disposición de quien lo haya menester, la producción normativa que se siga de ello ha de quedar retroalimentativamente conectada de forma transparente, inteligible y controlable con los programas del legislador. Y para ello no hay recetas patentadas. Contra la autonomización del poder ilegítimo, en última instancia sólo cabe recurrir a su vez como «paladión de la liber-

86. D. Grimm, «Interessenwahrung und Rechtsdurchsetzung in der Gesellschaft von morgen», en Id., *Die Zukunft der Verfassung*, p. 178.

tad» a un espacio público informado, despierto, móvil, desconfiado, que influya sobre el complejo parlamentario e insista en hacer que se cumplan las *condiciones de nacimiento del derecho legítimo*.

Y con esto estamos en el núcleo mismo del paradigma procedimentalista del derecho: conforme a una formulación de I. Maus la «combinación completa y la mediación recíproca de soberanía popular jurídicamente institucionalizada y soberanía popular jurídicamente no institucionalizada»[87] constituyen la clave de la génesis democrática del derecho. El sustrato social para la realización del sistema de los derechos no lo constituye ni las fuerzas de una sociedad de mercado que opere de forma espontánea, ni tampoco las medidas de un Estado social que opere de forma intencional, sino las corrientes de comunicación y los influjos de tipo publicístico que surgen de la sociedad civil y del espacio público-político y que a través de procedimientos democráticos se transforman en poder comunicativo. El esmerado cultivo y cuidadosa protección de espacios públicos autónomos, una ampliada participación de los ciudanos, la domesticación del poder de los medios de comunicación y la función de mediación de partidos políticos no estatalizados habrán de desempeñar en esa transformación un papel central. Contra la distorsión del espacio público-político por relaciones de poder, dirígense las conocidas propuestas concernientes al anclaje de elementos plebiscitarios en la Constitución (referendos, iniciativas populares, etc.), también las propuestas concernientes a la introducción de procesos democráticos de base (en la designación de candidatos, en la formación de la opinión y la voluntad dentro de los partidos, etc.). Las tentativas de una mayor constitucionalización, regulación jurídica y protección jurídica del *poder de los medios* apuntan en la misma dirección. Los medios de comunicación de masas han de ganarse un espacio de acción que los haga independientes de las intervenciones del poder político y de otras élites funcionales y que los ponga en condiciones de asegurar el nivel discursivo de la formación pública de la opinión, pero sin mermar por ello la libertad comunicativa del público que toma partido en relación con el tema de que se trate[88]. En el paradigma procedimental del derecho el espacio público-político no sólo se concibe como atrio del complejo parlamentario, sino como una periferia generadora de impulsos que *incluye* también al centro político: a través de la economía de razones normativas opera sobre todas las partes del sistema político, pero sin ninguna intención de asaltarlo. A través de los canales de las elecciones generales y de las formas especiales de participación las opiniones públicas se transforman en un poder comunicativo que autoriza al legislador y legitima a la Administración encargada de tareas regulativas y de control, mientras que la crítica del derecho movilizada en los correspondientes espacios de opinión pública impone reforzados y acrecentados deberes de fundamentación y justificación a una Justicia entre cuyas funciones figura la de desarrollar el derecho.

87. I. Maus, *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt a. M., 1992, pp. 203 ss.; Id., «Basisdemokratische Aktivitäten und rechtsstaatliche Verfassung», en Th. Kreuder (ed.), *Der orientierungslose Leviathan*, Marburg, 1992, pp. 99-116.

88. Cf. las decisiones del Tribunal Constitucional que señalan la dirección para una constitucionalización del «cuarto poder». *Neue Juristische Wochenschrift* 1981, cuaderno 33, pp. 1174 ss.; *NJW* 1987, cuaderno 5, pp. 239 ss.; *NJW* 1987, cuaderno 47, pp. 2987 ss.; *NJW* 1991, cuaderno 14, pp. 899 ss.; sobre ello: F. Kübler, «Die neue Rundfunkordnung. Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen», *NJW* 1987, cuaderno 47, pp. 2961-2967.

La crítica actual a la estatalización de los *partidos políticos* se dirige en primera línea contra una práctica en la que la competencia programática por ganarse el asentimiento del público elector queda instrumentalizada para fines de reclutamiento y promoción de personal y distribución de cargos públicos. Se trata de una diferenciación institucional entre dos funciones que los partidos, por muy buenas razones, desempeñan simultáneamente. Como catalizadores de la opinión pública están llamados a cooperar en la formación de la voluntad política y en el trabajo de formación política (con el objetivo de elevar el nivel político del ciudadano). Como máquinas de reclutamiento se encargan de la selección de personal y envían grupos de líderes al interior del sistema político. En la medida en que los partidos se han convertido ellos mismos en ingrediente de ese sistema político, han desdiferenciado ambas funciones. Pues desde la perspectiva de quienes ocupan posiciones de poder administrativo los partidos desempeñan sus facultades en lo concerniente a la cooperación en la formación de la voluntad política, al modo de una función de regulación o control y consideran el espacio público-político como una especie de entorno del que extraen lealtad de las masas. En donde debería poder reconocerse el público de los ciudadanos no es en la persona de un jefe de la Administración, sino en los líderes democráticos de los partidos. Éstos habrían de cobrar perfil en la disputa acerca de la interpretación adecuada de las necesidades y acerca de la selección de los temas relevantes, en la discusión acerca de la descripción correcta de los problemas y acerca de las mejores propuestas de solución. Mientras la contienda democrática no les reporte una más alta reputación que la que procura a quienes ocupan un cargo el simple hecho de estar en él, la política no se habrá despojado de su falsa aureola. Pues en el Estado democrático de derecho como morada de una comunidad jurídica que se organiza a sí misma el lugar simbólico de la soberanía discursivamente fluidificada ha de permanecer *vacío*[89].

89. Partiendo de C. Lefort, U. Rödel desarrolla esta idea en U. Rödel, G. Frankenberg y H. Dubiel, *Die demokratische Frage*, Frankfurt a. M., 1989, pp. 83 ss.; sobre ello: U. Rödel (ed.), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Frankfurt a. M., 1990.

(3) En nuestra situación de pensamiento postmetafísico, situación que carece de alternativas convincentes (pese a los fundamentalismos que reaccionan a las pérdidas causadas por la modernización o las pérdidas que la modernización implica), el Estado ha perdido su sustancia sacra. Esta secularización de las bases espirituales del poder del Estado, que se puso en marcha hace ya mucho tiempo, padece de un ya moroso déficit de ejecución, que ha de ser compensado mediante un paso adelante en el proceso de democratización si queremos evitar que el propio Estado de derecho se vea en peligro. En favor de esta tesis podrían recogerse ulteriores evidencias si abandonásemos nuestra perspectiva restringida a las sociedades nacionales y, al final de una época de descolonización, la ampliásemos al orden internacional de la sociedad mundial. Las legitimaciones a que los aliados recurrieron en la Guerra del Golfo confirman, al igual que las ampliadas competencias de la Conferencia de Seguridad y Cooperación Europea, una progresiva desnacionalización del derecho internacional[90]. En tales desarrollos se reflejan tendencias a la disolución de la soberanía del Estado nacional, que en el horizonte del espacio público mundial que se halla en proceso de formación, podrían señalizar el principio de un nuevo orden mundial de tipo universalista[91]. Pero en vista del tipo de problemas a que hemos hecho mención en el proemio, esto quizá no sea más que una esperanza nacida más bien de la desesperación.

Quien se opone a las perspectivas reformistas con los habituales argumentos relativos a complejidad, confunde la legitimidad con la eficacia y desconoce que las instituciones del Estado de derecho tuvieron desde siempre la finalidad, no sólo de reducir la complejidad, sino también de mantenerla mediante contrarregulación, con el fin de estabilizar la tensión entre facticidad y validez, que es inherente al derecho. Por otro lado, las consecuencias que del paradigma procedimental del derecho extraigo para la comprensión de la «crisis del Estado de derecho», no son en modo alguno originales, consideradas cada una por separado. Pero de este modo pueden cobrar cierta coherencia aspiraciones de reformas que se están discutiendo o que ya se han puesto en marcha.

Si utopía significa algo así como proyección ideal de una forma concreta de vida, entonces la Constitución entendida como proyecto ni es una utopía social, ni tampoco un sustituto de ella. Este proyecto es sobre todo «lo contrario de la utopía de una unidad de razón colectiva y omnipotencia secularizada, institucionalizada en el Estado: pues sólo se trata de la idea de sociedad civil y de la capacidad de la sociedad civil para obrar sobre sí misma en procesos discursivos y mediante institucionalizaciones inteligentes»[92]. U. Preuß define la «Constitución» como mecanismo de un proceso falible de aprendizaje por el que una sociedad supera progresivamente su incapacidad para autotematizarse normativamente: «Una sociedad está articulada y constitucionalizada cuando se confronta consigo misma en las adecuadas formas institucionales y procesos normativamente dirigidos de adaptación, de resistencia y de autocorrección»[93]. De los paradigmas jurídicos que hasta ahora vienen compitiendo entre sí el procedimental se distingue, no por ser «formal» en el sentido de «vacío» o «pobre en contenido». Pues al poner en primer plano a la sociedad civil y al espacio público-político está fijando enérgicamente puntos de referencia bajo los que el proceso democrático para la realización del sistema de los derechos cobra un peso distinto y un papel pasado por alto hasta ahora. Los recursos más escasos no son ni la productividad de una economía organizada en términos de mercado, ni tampoco la capacidad de regulación y control de la administración pública. Un trato de respeto y protección lo exigen sobre todo los recursos de una economía agotada de la naturaleza y los recursos de la solidaridad social, la cual se halla en estado de desmoronamiento. Y las fuerzas de la solidaridad social hoy sólo pueden regenerarse ya en la forma de prácticas comunicativas de autodeterminación.

El proyecto de la realización de los derechos, que está referido a las condiciones de funcionamiento de nuestra sociedad, es decir, de una sociedad determinada, históricamente surgida, no puede ser sólo formal. A pesar de lo cual este paradigma del derecho ya no prejuzga —como lo hacía el liberal o el ligado al Estado social— un determinado ideal de sociedad, una determinada visión de la vida buena, y ni siquiera una determinada opción política. Pues es formal en el sentido de que se limita a señalar condiciones necesarias bajo las que los sujetos jurídicos, en su papel de ciudadanos, pueden entenderse entre sí sobre cuáles son sus problemas y sobre cómo deben ser resueltos. Ciertamente, el paradigma procedimental del derecho lleva aneja una esperanza respecto de sí mismo, a saber, la de determinar no sólo la autocomprensión de las élites que manejan el derecho como expertos, sino la de *todos* los implicados. Pero esta expectativa nada tiene que ver con la intención de adoctrinar a nadie, ni tiene en sí nada de totalitaria, sea dicho esto para prevenir una objeción un tanto traída por los pelos, pero que una y otra vez se repite contra la teoría del discurso. Pues el nuevo paradigma se pone a sí mismo a discusión bajo sus propias condiciones; pues en la medida en

90. J. Habermas, *Vergangenheit als Zukunft*, Zürich, 1991, pp. 14 ss.
91. R. Knieper, *Nationale Souveränität. Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung*, Frankfurt a. M., 1991.

92. U. K. Preuss, *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, Berlin, 1990, p. 64.
93. *Ibid.*, p. 73.

que acuñase el horizonte de una comprensión dentro de la cual todos (cada uno a su manera y en términos de una división del trabajo) participasen en la interpretación de la Constitución, todo cambio histórico que se percibiese en el contexto social tendría que ser entendido como un desafío a someter a revisión y a examen la propia comprensión paradigmática del derecho. Esa comprensión paradigmática, al igual que el Estado de derecho mismo, conserva un núcleo dogmático, a saber, la idea de autonomía, conforme a la cual los hombres sólo pueden actuar como sujetos libres en la medida en que sólo obedezcan a leyes que ellos mismos se hayan dado conforme a las convicciones a que intersubjetivamente hayan llegado. Pero esta idea sólo es «dogmática» en un sentido inofensivo. Pues en esta idea no hace sino expresarse una tensión entre facticidad y validez, que viene dada con el *factum* de la estructuración lingüística de las formas de vida socioculturales; «dada», es decir, que *para nosotros*, que hemos desarrollado nuestra identidad en tal forma de vida, resulta irrebasable.

COMPLEMENTOS Y ESTUDIOS PREVIOS

I

DERECHO Y MORAL
(*Tanner Lectures* 1986)*

Primera lección
¿CÓMO ES POSIBLE LA LEGITIMIDAD A TRAVÉS DE LA LEGALIDAD?

Max Weber entiende los órdenes estatales de las sociedades occidentales modernas como acuñaciones de la «dominación legal». Basan su legitimidad en la fe en la legalidad del ejercicio de la dominación. La dominación legal cobra un carácter racional entre otras cosas porque la fe en la legalidad de los órdenes establecidos y en la preparación y competencia de los llamados al ejercicio de la dominación es de calidad distinta que la fe en la tradición o el carisma: es la racionalidad inmanente a la forma jurídica misma la que procura legitimidad a la dominación ejercida en formas legales[1]. Esta tesis provocó una viva discusión. Max Weber apoyaba con ella un concepto positivista de derecho: derecho es exactamente aquello que el legislador político (venga éste democráticamente legitimado o no) establece como derecho conforme a un procedimiento jurídicamente institucionalizado. Bajo esta premisa la fuerza legitimadora que la forma jurídica de por sí tiene no puede provenir de un parentesco entre el derecho y la moral. El derecho moderno ha de poder legitimar sólo en virtud de sus (del derecho) propias cualidades formales la dominación ejercida en forma de derecho. Tales cualidades o propiedades han de poder acreditarse como «racionales» sin que para ello sea necesario hacer referencia a la razón práctica en el sentido

* Versión inglesa en *The Tanner Lectures on Human Values*, t. VIII, Salt Lake City, 1988, pp. 217-280.

1. M. Weber, *Economía y sociedad*, México, [10]1993, cap. III.2, pp. 173 ss.

de Kant o de Aristóteles. El derecho dispone, según Weber, de una racionalidad propia, independiente de la moral. A sus ojos la desdiferenciación de derecho y moral incluso representa una amenaza para la legitimidad del derecho y, por tanto, para la base legitimatoria de la dominación legal. Esa fatal moralización del derecho es lo que Weber diagnostica analizando evoluciones contemporáneas que él describe como «materialización» del derecho formal burgués.

Hoy se está desarrollando un debate sobre «juridificación» que toma como punto de partida el diagnóstico de Weber[2]. De ahí que sea en este contexto donde quiero situar las consideraciones que desarrollaré sobre derecho y moral. (I) Haré primero un resumen del análisis que Weber hace de la desformalización del derecho para sacar a la luz sus supuestos implícitos de teoría moral que son incompatibles con el escepticismo valorativo que Weber profesa. En una segunda parte (II) me referiré a tres posiciones en la reciente discusión alemana acerca del cambio de forma del derecho con el fin de acumular razones en favor de una concepción más adecuada de la racionalidad jurídica. Finalmente, (III) desarrollaré por lo menos a grandes rasgos la tesis de que sólo de una racionalidad procedimental llena de contenido moral puede extraer la legalidad su propia legitimidad. Y esa racionalidad procedimental se debe a un entrelazamiento de dos tipos de «procedimientos»: las argumentaciones morales quedan institucionalizadas con medios jurídicos. Estas discusiones tienen carácter normativo. Pero como quedará claro en esta conferencia, lo que busco participando en ellas no tiene tanto que ver con teoría del derecho como con teoría de la sociedad.

I. LA CONCEPCIÓN DE LA RACIONALIDAD DEL DERECHO POR PARTE DE MAX WEBER

(1) Lo que Weber describió como «materialización» del derecho formal burgués, es lo que hoy conocemos como el proceso de juridificación característico del Estado social. No se trata aquí solamente de crecimiento cuantitativo, del aumento de la densidad de regulaciones o de la profundidad con que preceptos jurídicos logran desarrollar su función regulativa en una sociedad que se torna cada vez más compleja[3]. Con las necesidades de intervención de un aparato estatal activo (y esto conforme a su propia autocomprensión), que ha de cumplir simultáneamente tareas de regulación y control y tareas de compensación, cambian más bien las funciones y las estructuras internas del sistema jurídico. No solamente se hace un uso más intensivo del medio que es el derecho, sino que también la forma jurídica se transforma bajo los imperativos de nuevo tipo a los que se la somete.

Ya Weber tenía a la vista este derecho regulativo que caracteriza al Estado social. Este derecho queda instrumentalizado para las tareas configuradoras de un legislador que ha de satisfacer a exigencias de justicia social, con redistribuciones de tipo compensador, con operaciones de regulación y control sistémicos de tipo estabilizador y con intervenciones transformadoras: «Con el despertar de los modernos problemas de clase empiezan a plantearse al derecho exigencias de tipo material por una parte de los destinatarios de él (a saber, por los trabajadores), por un lado, y por los ideólogos del derecho, por otro, los cuales... exigen un derecho social basado en patéticos postulados éticos ("justicia", "dignidad humana"). Pero esto pone radicalmente en cuestión el formalismo del derecho»[4]. Aquí entra en juego la pareja de conceptos «formal-material» con la que Weber sigue determinando hasta hoy las discusiones correspondientes, encauzándolas, según creo, en una falsa dirección: conforme a su concepción, las exigencias de «justicia material» penetran en el medio del derecho y destruyen la «racionalidad formal» de éste. Weber documenta su tesis recurriendo sobre todo a ejemplos del derecho privado, el cual, si nos atenemos al punto de vista liberal, tenía antaño la función de asegurar, mediante leyes públicas, abstractas y generales, la vida, la libertad y la propiedad de las personas jurídicas, facultadas para concluir contratos. Y de este *corpus* del derecho privado se diferenciaron, en efecto, nuevos derechos privados especiales. Tendencias a la desformalización son, por ejemplo, bien fáciles de documentar en el derecho social y en el derecho laboral, y en el derecho relacionado con carteles y sociedades[5].

Como «materialización» pueden describirse estas tendencias si se parte de la comprensión *formalística* del derecho, que con el pandectismo y la jurisprudencia conceptual prevalecía entonces en Alemania. Las cualidades formales del derecho, tan subrayadas en esta tradición, Weber las explica en general como resultado del trabajo realizado en dogmática jurídica por juristas especializados de formación académica. Los expertos en derecho velan por el «formalismo del derecho» por lo menos en tres aspectos. La configuración sistemática de un *corpus* de proposiciones jurídicas claramente ana-

2. F. Kübler (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984, y Frankfurt a. M., 1985; A. Görlitz y R. Voigt, *Rechtspolitologie*, Hamburg, 1985.

3. R. Voigt (ed.), *Abschied vom Recht?*, Frankfurt a. M., 1983.

4. M. Weber, *Economía y sociedad*, p. 653.

5. G. Teubner, «Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege», en F. Kübler, *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, pp. 289 ss.; Id. (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 1986.

lizado introduce, primero, en el conjunto de las normas vigentes un orden por el que ese conjunto resulta abarcable y controlable. Segundo, la forma de la ley abstracta y general, ni cortada a la medida de contextos particulares, ni tampoco dirigida a determinados destinatarios, da al sistema jurídico una estructura unitaria. Y tercero, la vinculación de la justicia y la Administración a la ley garantiza una aplicación de ésta susceptible de cálculo, atenida a reglas procedimentales, y asimismo una implementación fiable de esas leyes. Las desviaciones respecto de este modelo liberal pueden entenderse entonces como merma de las cualidades formales del derecho. La ola de juridificación ligada al Estado social convierte en insostenible la imagen clásica del sistema de derecho privado, la idea de una clara separación entre derecho privado y público, así como la jerarquía de norma fundamental y ley simple. También se hace añicos la ficción de un sistema jurídico bien ordenado. La unidad de las normas jurídicas en conjunto sólo se abre de caso a caso a una precomprensión reconstructiva, dirigida por principios, precomprensión que como tal no está objetivada en el texto de las leyes[6]. Pues, en efecto, programas jurídicos orientados a obtener determinados objetivos vienen a sustituir la clara estructura de regla de las formas jurídicas anteriores en la medida en que la actividad legislativa pasa a programar intervenciones políticas tendentes a cumplir tareas de configuración, planificación o redistribución social, cuyos efectos son difícilmente pronosticables. Tanto materias demasiado concretas como objetivos demasiado abstractos tienen entrada en el lenguaje de la ley. Y lo que antes eran rasgos y elementos externos al derecho encuentran cabida, cada vez con más abundancia, en las determinaciones y disposiciones jurídicas. Este «ascenso de los objetivos o fines en el derecho» (Ihering) viene, finalmente, a aflojar la vinculación de la justicia y la Administración a la ley, que antaño se consideró aproblemática. Los tribunales han de habérselas con cláusulas de tipo general y simultáneamente con un mayor espectro de variación de los contextos, a la vez que han de hacer justicia a una interdependencia cada vez mayor de proposiciones jurídicas desordenadas. Y otro tanto cabría decir de la actuación «situativa» a que se ve obligada la Administración.

Cuando antaño a las cualidades formales del derecho se las veía caracterizadas por la sistematización del *corpus* jurídico, por la forma de la ley abstracta y general y por procedimientos estrictos que restringían la discrecionalidad de jueces y funcionarios, esta manera de ver las cosas tenía sin duda su origen en una fuerte estilización; pese a lo cual, los cambios que se produjeron en el sistema jurídico al ponerse en marcha el Estado social, tuvieron que representar un *shock* para la autocomprensión liberal del derecho. En este aspecto

6. G. Teubner, «Verrechtlichung...», pp. 300 ss.

cabe hablar sin más, por lo menos en un sentido descriptivo, de una «materialización» del derecho. Pero Weber da también a esa expresión un sentido crítico al adjuntarle dos referencias que la definen: en las cualidades formales del derecho Weber veía también fundada la racionalidad del derecho; y materialización significaba para él moralización del derecho, a saber, la penetración de puntos de vista de justicia material en el derecho positivo. Y de ambas cosas se seguía la afirmación crítica de que en la medida en que se establece una conexión interna entre derecho y moral, queda destruida la racionalidad que es inmanente al medio que representa el derecho.

(2) Pero esta concatenación de ideas sólo puede ser de recibo si las cualidades del derecho, tal como Max Weber las toma de la comprensión formalista del derecho, pueden interpretarse como «racionales» en un sentido moralmente neutral. Recordemos los tres aspectos que en Weber tiene el uso del término «racional»[7].

Weber parte, *primero*, de un concepto lato de técnica (también en el sentido de técnica para orar, de técnica pictórica, de técnica educativa, etc.) para aclarar que el aspecto de regularidad es en general importante para una cierta racionalidad de la acción. Los patrones de comportamiento reproducibles de forma fiable tienen la ventaja de su previsibilidad y calculabilidad. Pero tan pronto como se trata de reglas técnicas (susceptibles de mejorarse) concernientes a la dominación de la naturaleza o de un determinado material, el concepto general de *racionalidad* aneja a la atenencia a *reglas* cobra el significado más estrecho de racionalidad instrumental. Y cuando ya no se trata sólo de la utilización regulada de medios sino de la selección de fines en función de valores de los que se parte como dados, Weber habla (y ésta es la *segunda* acepción de racional) de *racionalidad con arreglo a fines*. Bajo este aspecto una acción puede ser racional en la medida en que no se vea gobernada por pasiones ciegas o por tradiciones de tipo cuasinatural, es decir, no transidas por la reflexión. Las orientaciones valorativas las considera Weber como preferencias de un determinado contenido, como preferencias orientadas por valores materiales, que anteceden, como algo ya no susceptible de ulterior fundamentación, a las decisiones de los sujetos que actúan de forma racional con arreglo a fines, como son, por ejemplo, los intereses que los sujetos de derecho privado persiguen en el tráfico económico. *Racional* llama también Weber, *finalmente*, a los resultados del trabajo intelectual de los expertos que configuran y articulan analíticamente los sistemas recibidos de símbolos, por ejemplo, las imágenes religiosas del mundo o las ideas morales y jurídicas. Estas realizaciones en el campo de la dogmática son expresiones de

7. J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa* I, Madrid, 1987, pp. 227 ss.

un pensamiento *científico-metódico*. Acrecientan la complejidad y simultáneamente la especificidad del saber enseñable.

En un primer repaso es fácil ver cómo bajo los tres aspectos de racionalidad de regla, racionalidad electiva y racionalidad científica las cualidades formales del derecho, arriba mencionadas, pueden describirse como «racionales» en un sentido estricto y todavía moralmente neutral. La configuración sistemática del *corpus iuris* se debe a la racionalidad científica de expertos en derecho, entregados al desarrollo de la dogmática jurídica; las leyes públicas, abstractas y generales aseguran ámbitos de autonomía privada para una persecución de intereses subjetivos, racional con arreglo a fines; y la institucionalización de procedimientos para la aplicación e implementación estricta de tales leyes posibilita una conexión regular, y por tanto calculable, entre acciones, tipos jurídicos y consecuencias jurídicas, sobre todo en el tráfico económico organizado en términos de derecho privado. Quedaría así demostrada la racionalidad del derecho formal burgués en un triple aspecto, sin atender a otra cosa que a sus cualidades formales. Pero, ¿son realmente estos aspectos de racionalidad los que podrían prestar fuerza legitimadora a la legalidad de una dominación ejercida en forma de derecho?

Basta considerar el movimiento obrero europeo y las luchas de clases del siglo XIX para percatarse de que sistemas políticos que respondían de forma bien aproximada a la idea-modelo de una dominación racionalizada en términos de derecho formal, en modo alguno fueron percibidos *per se* como legítimos, a no ser por las capas sociales que eran las beneficiarias de ellos y por los ideólogos liberales de esas capas sociales. Pero si con el fin de hacer una crítica inmanente presuponemos ese modelo liberal, resulta que la legitimidad de ese derecho formal burgués, cuando se miran bien las cosas, no deriva en absoluto de las características «racionales» señaladas, sino de las implicaciones morales que pueden derivarse de esas características recurriendo a ulteriores supuestos empíricos auxiliares acerca de la estructura y funcionamiento del orden económico.

(3) Si recorremos en dirección inversa esos tres aspectos de racionalidad, lo dicho vale en primer lugar para la seguridad jurídica en cuanto que, sobre la base de leyes abstractas y generales, ésta viene garantizada mediante procedimientos estrictos a los que ha de atenerse la justicia y la Administración. Supongamos que se cumplen las condiciones empíricas necesarias para poder garantizar la seguridad jurídica de forma universal y para todos por igual. Pero entonces plantéase la cuestión de que la seguridad jurídica en el sentido de pronosticabilidad en las intervenciones en la vida, la libertad y la propiedad es un «valor» que compite con otros valores, por ejemplo, con una participación en las decisiones políticas, articulada en términos de igualdad de oportunidades, o de una igual distribución de las ventajas y recompensas sociales. Ya Hobbes había tenido en mientes una maximización de la seguridad jurídica cuando impone a su soberano la obligación de canalizar sus mandatos a través del medio que representa el derecho. Pero el papel privilegiado de que este valor goza en el derecho formal burgués no puede quedar justificado por sólo la razón de que la calculabilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones resulte funcional para la organización del tráfico social sobre el eje de una economía de mercado. La cuestión, por ejemplo, de si se está dispuesto a introducir políticas de las del tipo del Estado social, que sólo pueden realizarse con ayuda de conceptos jurídicos más bien imprecisos e indeterminados, aun a costa de sacrificar un cierto grado de calculabilidad de las decisiones judiciales, es una cuestión de ponderación moral entre dos principios diversos. Pero tales colisiones hay que decidirlas entonces desde el punto de vista moral de la susceptibilidad de universalización de intereses.

Pero con ello, y esto es lo segundo, queda afectada la calidad formal de las leyes. La forma clásica de la ley abstracta y general no legitima la dominación ejercida en tales formas por la sola razón de que semejante dominación cumpla determinados requisitos funcionales para la persecución «privado-autónoma» y la persecución «racional con arreglo a fines» de los propios intereses de cada uno. Desde Marx hasta Macpherson[8] se ha venido insistiendo una y otra vez en que de ello sólo podría hablarse si cualquiera tuviese la posibilidad de acceder en términos de igualdad de oportunidades a las *opportunity-structures* de una sociedad de mercado, y, aun entonces, sólo bajo el supuesto de que no se pudiese encontrar una alternativa preferible a las formas de vida en las que se vuelven tan determinantes los mecanismos monetarios y burocráticos. Ciertamente, frente a los programas finalistas, los programas legislativos que tienen la estructura de reglas ofrecen la ventaja de que, en virtud de su propia generalidad o universalidad semántica, vienen a ajustarse al principio de igualdad ante la ley. Y en virtud de su carácter abstracto, en la medida en que las materias reguladas sean, en efecto, de carácter general y no se vean afectadas en su contenido esencial por el cambio de los contextos, responden incluso a un principio de más alcance, a saber, al principio de que lo igual ha de tratarse de forma igual y lo desigual de forma desigual. Frente a la argumentación funcionalista de Max Weber resulta, entonces, que la forma de leyes abstractas y generales sólo puede justificarse como racional a la luz de principios de contenido moral. (Mas de ello no cabe concluir que un orden jurídico, *sólo* en las formas de leyes públicas, abstractas y

8. C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism*, Oxford, 1962.

generales, pudiese dar satisfacción a esos dos principios de igualdad en la aplicación del derecho e igualdad jurídico-material).

Tampoco la tercera cualidad formal, la de la estructura científico-metódica de un *corpus iuris* sistemáticamente configurado, puede explicar, considerada en sí misma, la eficacia legitimatoria de la legalidad. Pese a toda la autoridad que las ciencias puedan reclamar en las sociedades modernas, las normas jurídicas no cobran legitimidad por el solo hecho de que se precisen sus significados, se expliquen los conceptos que subyacen en ellas, se examine su consistencia y se reduzcan a unidad las ideas a que deben su existencia. El trabajo de los especialistas en dogmática jurídica sólo puede representar una aportación a la legitimación si, y en la medida en que, ayuda a satisfacer esa necesidad de fundamentación que surge en cuanto el derecho queda convertido en conjunto del derecho positivo. Pues la mutabilidad del derecho positivo sólo es compatible desde el punto de vista de sus destinatarios y de sus administradores con su (del derecho) pretensión de validez legítima, mientras pueda suponerse que los cambios en el derecho y los desarrollos en el derecho pueden fundamentarse (en sus respectivos contextos) partiendo de principios que resulten convincentes. Las tareas y operaciones de sistematización de los especialistas en derecho han hecho precisamente cobrar conciencia del modo de validez postradicional del derecho. En el derecho positivo las normas han perdido por principio el tipo de validez consagrada por la costumbre. Las distintas proposiciones jurídicas tienen, por tanto, que poder ser fundamentadas como ingredientes de un orden jurídico al que en conjunto quepa hacer convincente a partir de principios, pudiendo esos principios entrar en colisión unos con otros y debiendo en ese caso ser sometidos a un examen discursivo. Pero a su vez, lo que en el plano de esas discusiones normativas acaba haciéndose valer es una racionalidad que está más cerca de lo que Kant llamaba razón práctica que de una racionalidad puramente científica, y que en todo caso es una racionalidd que no es moralmente neutral.

Resumiendo podemos decir que las cualidades formales del derecho analizadas por Max Weber sólo hubieran podido, en condiciones sociales especiales, posibilitar la legitimidad de la legalidad en la medida en que hubieran podido ser consideradas «racionales» en un sentido práctico-moral. Weber no reconoció este núcleo moral del derecho formal burgués porque siempre entendió las ideas morales como orientaciones valorativas subjetivas. Los valores eran considerados por Weber como contenidos no susceptibles de ulterior racionalización, incompatibles con el carácter formal del derecho. Weber no distinguió entre *preferibilidad* de los valores que en el marco de determinadas formas culturales de vida y de determinadas tradiciones resultan, por así decir, *recomendables* frente a otros valores, y la

validez deontológica (o *deber-ser*) de normas que obligan por igual a todos los destinatarios. Weber no estableció una separación entre las estimaciones valorativas, que se dispersan a lo ancho de todo un espectro de contenidos valorativos que compiten unos con otros, y el aspecto formal de la obligatoriedad o validez de las normas, que no varía en modo alguno con los contenidos de esas normas. Con otras palabras, Weber no tomó en serio el formalismo ético.

(4) Muéstrase esto en la interpretación que Weber hace del derecho natural racional moderno, que Weber opone al «derecho formal» convertido en positivo. Weber piensa «que no puede haber un derecho natural puramente formal»: «criterio material de lo que es legítimo desde la perspectiva del derecho natural, son la naturaleza y la razón...»[9]. Hay que admitir que las teorías del derecho natural desde Hobbes hasta Rousseau y Kant mantienen todavía ciertas connotaciones metafísicas. Pero Rousseau y Kant, con sus modelos de un contrato social, a través del cual los miembros de una comunidad jurídica regulan democráticamente su convivencia como iguales y libres, dan ya plena satisfacción a la exigencia metodológica de una fundamentación procedimental del derecho. En esta tradición moderna expresiones tales como «naturaleza» y «razón» no se refieren propiamente a contenidos metafísicos; antes sirven a la explicación de los presupuestos bajo los que habría de producirse un acuerdo o convenio para poder tener fuerza legitimadora. De tal modelo contractualista pueden deducirse condiciones procedimentales para una formación racional de la voluntad. Y a su vez Weber no distingue suficientemente entre aspectos estructurales y aspectos de contenido. Sólo por eso puede confundir «naturaleza» y «razón» con contenidos valorativos de los que el derecho formal habría hecho muy bien en liberarse. Weber equipara falsamente las propiedades procedimentales de un nivel postconvencional de fundamentación con orientaciones valorativas materiales. Por eso no se percata de que la figura de pensamiento que representa el contrato social (al igual que el imperativo categórico) puede entenderse como propuesta de un procedimiento cuya racionalidad garantizaría la rectitud (legitimidad) de cualesquiera decisiones que se produjesen conforme a él.

En este lugar esta apelación a las teorías morales y a las teorías de la justicia planteadas en términos procedimentalistas sólo tiene por fin explicar por qué el derecho y la moral no pueden deslindarse entre sí recurriendo a conceptos tales como «formal» y «material». Antes las consideraciones que hemos hecho hasta aquí conducen al resultado de que la legitimidad de la legalidad no puede explicarse recurriendo a una racionalidad autónoma, a una racionalidad exenta de

9. M. Weber, *Economía y sociedad*, p. 642.

moralidad, inherente, por así decir, a la forma jurídica; esa legitimidad ha de hacerse derivar más bien de una relación interna entre el derecho y la moral. Y lo dicho empieza siendo válido del modelo del derecho formal burgués, que cristaliza en torno a la forma semántica de la ley abstracta y general. Pues las cualidades formales de este tipo de derecho sólo ofrecen razones legitimantes a la luz de principios de contenido moral. Pues bien, es verdad que el cambio de forma del derecho, que Max Weber describe bajo el rótulo de «materialización», deja sin base precisamente esas razones. Pero con ello no queda dicho todavía en modo alguno que al derecho materializado le falten propiedades formales de las que de forma análoga puedan reducirse razones legitimantes. Antes el cambio de forma del derecho constituye un desafío que nos lleva a radicalizar la pregunta de Weber por la racionalidad inmanente al derecho. El derecho formal y el derecho desformalizado constituyen desde el principio variantes distintas en las que se expresa un mismo derecho positivo. El «formalismo» del derecho, que es común a estos tipos especiales de derecho, tiene por tanto que radicar en un nivel más abstracto. Nos conduciría a falacias concretistas el querer ver anclado el formalismo del derecho en propiedades de un determinado modelo histórico, justo en las propiedades del modelo que representa el derecho formal burgués.

Para los sistemas jurídicos modernos resulta por lo general central el concepto de *procedimiento* jurídicamente institucionalizado. Este concepto ha de manejarse de forma tolerante, o en todo caso no se lo puede asociar de antemano con una forma especial de ley. H. L. A. Hart y otros han mostrado que los sistemas jurídicos modernos no se componen solamente de normas comportamentales y normas penales directas, sino también de normas secundarias, de reglas de autorización y organización que sirven para institucionalizar procedimientos concernientes a la producción legislativa, a la administración de justicia y a la Administración[10]. De esta forma, la producción de normas queda a su vez normada. El que se tomen conforme a los plazos establecidos decisiones jurídicamente vinculantes viene posibilitado por una forma de actuación, procedimentalmente fijada, pero indeterminada en lo tocante a contenido. Además hay que tener presente que estos procedimientos establecen una conexión entre toma de decisiones y deberes de fundamentación. Lo que de esta forma se institucionaliza son discursos jurídicos que no sólo operan bajo las restricciones externas que les impone el procedimiento jurídico, sino también bajo las *restricciones internas* anejas a la generación argumentativa de buenas razones[11]. Las reglas de argumentación anejas a los distintos tipos de discursos institucionalizados no dejan la construcción y valoración de las razones al arbitrio de los participantes. Y esas reglas sólo pueden ser cambiadas a su vez razonando la necesidad de su cambio. Finalmente, hay que tener presente que los discursos jurídicos, cualquiera sea su modo de vinculación al derecho vigente, no pueden moverse en un universo cerrado de reglas jurídicas unívocamente fijadas. Esto es algo que se sigue de la propia estructuración del derecho moderno en reglas y principios[12]. Muchos de estos principios son de naturaleza jurídica y simultáneamente de naturaleza moral, como fácilmente puede verse en el caso del derecho constitucional. Los principios morales del derecho natural racional se han convertido en los Estados constitucionales modernos en derecho positivo. Por eso las vías de fundamentación institucionalizadas mediante procedimientos jurídicos, cuando se las mira desde la perspectiva de una lógica de la argumentación, permanecen abiertas a discursos morales.

Pues bien, si las cualidades formales del derecho —aquende el umbral de una diferenciación del derecho en tipos de derecho más o menos materializados— hay que buscarlas en la dimensión de los procedimientos jurídicamente institucionalizados; y si estos procedimientos regulan discursos jurídicos que, a su vez, resultan permeables a argumentaciones de tipo moral; si ello es así, digo, cabe tomar en consideración una hipótesis que resulta obvia, a saber, que es posible la legitimidad a través de la legalidad en la medida en que los procedimientos establecidos para la producción de normas jurídicas sean también racionales en el sentido de una racionalidad procedimental práctico-moral y se pongan en práctica de forma racional. La legitimidad de la legalidad se debe a un entrelazamiento de procedimientos jurídicos con una argumentación moral que a su vez obedece a su propia racionalidad procedimental.

II. DESFORMALIZACIÓN DEL DERECHO: TRES INTERPRETACIONES

(1) Max Weber se orientó todavía por una comprensión formalista del derecho que mientras tanto ha sido puesta en cuestión por la investigación histórica. El modelo liberal no tenía demasiado que ver con la realidad jurídica, ni en la Alemania de fines del siglo XIX, ni en ninguna otra parte. Por ejemplo, el funcionamiento automático de la vinculación de la justicia a la ley fue siempre una ficción[13]. Sin embargo, no es casual que el diagnóstico de Weber mantenga su actualidad. Pues como enunciado *comparativo* acerca de una tendencia en la autocomprensión y en la práctica de los expertos en

10. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1973.
11. R. Alexy, *Concepto y validez del derecho*, Barcelona, 1994.
12. R. Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, [2]1995, caps. 2 y 3.
13. R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, München, 1986.

derecho, ese diagnóstico no ha hecho sino confirmarse. Mientras tanto, fenómenos nuevos que Weber todavía no pudo observar, confirman también su diagnóstico.

(*a*) *Derecho reflexivo*. Lo que Weber tenía a la vista era el desplazamiento del derecho formal por programas jurídicos de tipo finalista. Pero junto a este tipo de derecho, como demuestra el caso del derecho relativo a convenios colectivos, apareció enseguida otro tipo de derecho desformalizado. Me refiero a la delegación de la facultad de tratar y tomar decisiones a las partes en litigio y el establecimiento de procedimientos cuasipolíticos de formación de la voluntad y formación de compromisos[14]. Con este tipo de regulación el legislador ya no trata de conseguir directamente fines concretos; antes esas normas tienen como fin el capacitar a los participantes para que regulen por su propia cuenta sus propios asuntos. Este modo reflexivo y, por así decir, de doble nivel, que la desformalización adopta aquí, tiene la ventaja de una mayor flexibilidad, a la vez que comporta una autonomización de los destinatarios del derecho. Mientras tanto este derecho reflexivo se está difundiendo a la sombra de desarrollos corporativistas.

(*b*) *Marginalización*. La investigación de los últimos decenios acerca de la implementación de las normas jurídicas ha mostrado los huecos que se producen entre la letra y los efectos de los programas jurídicos. En múltiples ámbitos de acción, el derecho goza de todo menos de un estricto carácter vinculante. La conciencia de la marginalidad deriva en parte de la investigación sociológica de hechos que hasta ahora no eran conocidos. Pero también se añaden otros fenómenos: el carácter crecientemente experimental de la regulación de procesos difícilmente abarcables, orientada a conseguir determinados fines; una creciente sensibilidad del legislador hacia problemas de practicabilidad y aceptancia; así como la asimilación del derecho penal a formas de control social. También la sustitución de la persecución penal estatal por arreglos privados, como son por ejemplo los concernientes a indemnizaciones susceptibles de negociarse entre autor y víctima, y otros de tipo similar, refuerzan la «erosión de las normas» y el cambio hacia una cuestionable «orientación hacia el consenso»[15]. Todo esto quita al derecho actual algo de su carácter clásico de derecho coercitivo.

14. G. Teubner, «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law»: *Law and Society Review* 17 (1983), pp. 239 ss.

15. W. Naucke, *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985; Id., «Versuch über den aktuellen Stil des Rechts», en *Schriften der H. Ehler-Akademie*, Kiel, 1986.

(*c*) *Imperativos funcionales*. El proceso y tipo de juridificación ligados al Estado social lo entendemos, como ya muestra el concepto de derecho «regulativo», como la instrumentalización del derecho para fines del legislador político. Pero con esto estamos atribuyendo a las intenciones de los actores lo que a menudo éstos sólo ejecutan de forma más o menos inconsciente como agentes de un aparato estatal que se torna cada vez más complejo o bajo la presión de los imperativos sistémicos de una economía autonomizada y a la vez necesitada de estabilización. También en la administración de justicia puede observarse cómo los puntos de vista normativos quedan subordinados en términos de una «política de orden y buen gobierno» a puntos de vista concernientes a los imperativos de mantenimiento de las instituciones estatales o a los imperativos de regulación y control de los mercados. En la competencia entre derechos, por un lado, y bienes colectivos, por otro, acaban haciéndose valer imperativos funcionales de los subsistemas sociales regulados y controlados respectivamente por el dinero y el poder administrativo, subsistemas que por su parte no vienen integrados a través de normas y valores.

(*d*) *Moralidad* vs. *positividad del derecho*. Con la creciente movilización del derecho se agudiza la cuestión de las condiciones de legitimidad de la legalidad. Pues en cierto modo el derecho positivo, con su creciente velocidad de cambio, entierra sus propias bases de validez. Con cada cambio de gobierno se tornan susceptibles de mayoría intereses distintos que, por ejemplo, se hacen valer en el derecho relativo a arrendamientos urbanos, en el derecho de familia, y en el derecho fiscal. Pero, paradójicamente, con ello se asocia la tendencia contrapuesta, es decir, la tendencia a apelar bajo el signo de un derecho moralizado al derecho «correcto» (por ejemplo, en forma de desobediencia civil, o en las cuestiones relativas al aborto, a la separación, a la protección del entorno, etc.). También esto tiene razones sistemáticas. Los principios morales que provienen del derecho natural racional son hoy ingredientes del derecho positivo. La interpretación de la Constitución cobra, por tanto, una forma más o menos relacionada con la filosofía del derecho. W. Naucke habla irónicamente de una «administración del derecho natural por los juristas»[16].

Todas estas tendencias caen bajo el rótulo de «desformalización del derecho». Simultáneamente bajo el rótulo peyorativo de «juridificación», se convierten en objeto de una crítica del derecho. También en este aspecto el debate actual toma a Weber como punto de partida: pues su pregunta por la racionalidad de la forma jurídica se enderezaba a obtener criterios para un derecho correcto a la vez que

16. *Ibid*., p. 21.

funcional. En este aspecto esta discusión arroja luz sobre nuestra cuestión de cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad. En lo que sigue, y recurriendo sólo a ejemplos alemanes, caracterizaré tres posiciones, sin entrar con detalle en sus correspondencias americanas. A estas posiciones les es común la perspectiva de implicados, desde la que analizan el sistema jurídico desde dentro[17]. Implícitamente la discusión alemana viene determinada también por la disputa acerca de la deformación del derecho durante la época nazi. Según la interpretación que se haga de esa deformación, se acabará poniendo más confianza en la justicia y en la Administración, o en el legislador parlamentario. Esta polarización tiene la ventaja de dirigir la mirada a los tres poderes del Estado y de obligar de antemano a no limitarse a la administración de justicia a la hora de buscar las condiciones de legitimidad de la dominación legal.

(2) La valoración de las experiencias históricas que en Alemania se tuvieron con el régimen nazi dejó claras huellas en una controversia que a principios de los años 50 sostuvieron Ernst Forsthoff y Wolfgang Abendroth acerca del Estado de derecho y del Estado social[18]. En esa controversia se proseguían debates que Carl Schmitt, Hans Kelsen y Hermann Heller, entre otros, mantuvieron en la época de Weimar[19]. Pues bien, en nuestro contexto lo que importa es que las intervenciones de Forsthoff podían considerarse como una prosecución de la crítica formalista que Max Weber hacía del derecho, pero efectuada ahora con los medios de la dogmática jurídica. Forsthoff trataba de hacer frente a las tendencias a la desformalización exigiendo que las tareas de planificación y configuración social, de las que en el Estado social tienen que encargarse el legislador y la Administración, se canalizasen en las formas del Estado clásico de derecho. El principio de Estado social asumido en la *Grundgesetz* de la República Federal de Alemania no debía recibir rango constitucional y no debía afectar a la estructura formal del Estado de derecho. La lógica liberal del Estado de derecho vendría caracterizada, a su vez, por la forma de la ley pública, abstracta y general. Mientras el legislador político sólo persigua objetivos que puedan traducirse a programas jurídicos orientados conforme a tal estructura de reglas públicas, abstractas y generales, queda asegurada la previsibilidad y calculabilidad de una justicia independiente y de una Administración garantizadora del derecho. Un Estado activo que intervenga en el *statu quo* de la sociedad mediante una administración planificadora y encargada de hacer prestaciones, acabaría deformando el Estado de derecho. El que la legitimidad del Estado de derecho coincida con la forma semántica de la ley es, por lo demás, una premisa que Lon Fuller analizó como la «internal morality of law»[20].

17. La teoría sistémica del derecho la trato en la segunda lección. La interpretación económica del derecho (*law and economy*) la dejaré aquí de lado como una variante más del empirismo.

18. E. Forsthoff (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968.

19. I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, München, 1980.

La debilidad de esta posición radica en su carácter puramente defensivo. Forsthoff tenía muy claro que entre el Estado liberal de derecho y la sociedad liberal centrada en el orden económico se daba «una correspondencia estructural». En vista del cambio estructural de la sociedad registrado mientras tanto, Forsthoff no tenía más remedio que introducir la suposición poco realista de que las estructuras del Estado de derecho pueden desligarse de sus contextos sociales de nacimiento y autonomizarse en un «sistema constitucional de carácter técnico-jurídico». Forsthoff no podía explicar cómo la hornada de juridificación ligada al Estado social podría ser reconducida al formato de un tipo y forma de ley que mientras tanto había quedado desbordado por todas partes, sin afectar a la sustancia del compromiso que representa el Estado social, respecto del cual ya no era posible sin más dar marcha atrás[21].

A esta realidad parecía acomodarse mejor el positivismo jurídico democrático de su oponente, de Wolfgang Abendroth. Bajo las premisas del formalismo jurídico de Weber y Forsthoff el derecho regulativo que caracteriza al Estado social no sería otra cosa que un cuerpo extraño; resultaría vano buscar fórmulas de compromiso[22]. En cambio, Abendroth trata de conciliar el principio de Estado social y las garantías del Estado de derecho bajo el techo de la autodeterminación democrática. El orden social está en conjunto a disposición de la formación democrática de la voluntad del pueblo. El Estado democrático se considera centro de una sociedad que se determina a sí misma y se transforma a sí misma. La forma jurídica sirve simplemente a transformar políticas reformistas en decisiones vinculantes. El derecho no posee ninguna estructura *propia*, que pudiese ser deformada. En actitud positivista, el concepto de ley queda despojado de toda determinación interna concerniente a racionalidad. El mínimo ético pasa ahora de la forma semántica de la ley a la forma democrática de la producción legislativa. Las garantías propias del Estado de derecho las confía Abendroth a la esperanza roussoniana de que un legislador democrático que permanezca consistente consigo mismo no tomará ninguna resolución a la que no todos pudiesen asentir. Pero pese a todo este activismo legislativo, Abendroth permanece todavía peculiarmente ciego, tanto

20. R. S. Summers, *Lon L. Fuller*, Stanford, 1984, pp. 33 s.

21. C. Offe, *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Madrid, ²1994.

22. E. R. Huber, «Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft», en E. Forsthoff (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968, p. 589.

frente a las coerciones sistémicas del Estado y la economía, como también frente a las específicas formas que tiene de presentarse la juridificación ligada al Estado social.

(3) Pero mientras tanto se ha desarrollado una metacrítica de la crítica de la juridificación, metacrítica que se apoya en la posición de Abendroth. En el centro de esa crítica de la juridificación está la consideración de que la sustitución del derecho estrictamente formal por regulaciones elásticas, desformalizadas, abre el camino por el que la Justicia y la Administración se sustraen a la supremacía del poder legislativo y, por tanto, a la única fuerza legitimadora, a saber, a la que proviene del procedimiento democrático de producción legislativa. El derecho materializado y determinadas formas del derecho reflexivo destruyen, así argumenta por ejemplo Ingeborg Maus, la división clásica de poderes, porque con la penetración de cláusulas generales y de metas indeterminadas, por un lado, y con la delegación de competencias de decisión y de posiciones de negociación desde las que llegar a compromisos dotados de carácter jurídicamente vinculante, por otro, se disuelve la vinculación de la Justicia y la Administración a la ley democrática[23]. Ese espacio de discrecionalidad ampliado, la Justicia lo llena con sus propios programas jurídicos y sus propias convicciones valorativas; la Administración opera en esa zona de oscuridad entre las propias decisiones programadoras y las decisiones programadas por el legislador y hace su propia política. La ley no es ya sino un «embalaje» para todo ello, una fina película superficial para legitimar el que la administración de justicia haga en realidad uso de valoraciones suprapositivas, por un lado, y las conexiones y arreglos corporativistas de la Administración con los intereses más poderosos, por otro. El cambio de la estructura del derecho en función de tal acción «situativa» por parte de la Administración no puede sino quedar fomentado por una Justicia que se orienta hacia el caso particular y se restringe a sopesar valores.

Esta crítica apunta, ciertamente, en la misma dirección que el formalismo jurídico liberal. Pero se distingue de él en sus puntos normativos de partida. Aun cuando I. Maus insiste en la necesidad de determinaciones legales bien definidas que limiten estrictamente el espacio de discrecionalidad de la Justicia y de la Administración, la racionalidad del Estado de derecho no puede tener ya su asiento en la forma semántica de la ley. Fuente de legitimación sólo puede ser ya el *procedimiento democrático* de la producción legislativa. Pero entonces la razón de que la Justicia y la Administración puedan

23. I. Maus, «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», en G. Göhler (ed.), *Grundlagen einer Theorie der politischen Institutionen*, Köln, 1986.

sustraerse al control legislativo no puede radicar sólo en el cambio de forma que caracteriza al tipo de legislación ligado al Estado social; pues si así fuera, esa línea de argumentación articulada en términos de teoría de la democracia perdería su «punto» y, en última instancia, vendría a coincidir con la liberal. La supremacía de la actividad legislativa frente a las otras dos funciones del Estado tampoco puede analizarse en términos solamente sociológicos como una cuestión de poder. En el caso de Abendroth quedaba todavía en el trasfondo un análisis de clases y la idea de un compromiso de clases que en las formas del Estado social y democrático de derecho habría de poder desplazarse e inclinarse en favor de los partidos obreros. Hoy la confianza en los supuestos de fondo, tanto de la filosofía marxista de la historia, como de otras filosofías de la historia, se ha desvanecido en buena parte. De ahí que sea menester una justificación normativa de la postulada supremacía del Parlamento. Y para ello no basta el «positivismo democrático de la ley» de Abendroth. Si el lugar vacío que representa el concepto positivista de ley ya no puede llenarse normativamente apelando o recurriendo a un privilegiado interés de clase, las condiciones de legitimidad de la ley democrática han de buscarse en la racionalidad del propio proceso de producción legislativa.

De todo lo discutido hasta aquí síguese, pues, el interesante *desideratum* de investigar la racionalidad procedimental inscrita en el propio proceso democrático de producción legislativa para ver si de esa racionalidad procedimental pueden obtenerse razones para una legitimidad a través de la legalidad. Pero incluso en el caso de que ese *desideratum* pueda cumplirse plantéase al menos un problema ulterior. Pues en cuanto resulta que la ley abstracta y general, la ley que excluye toda determinación no puede ser ya la forma normal-ejemplar de los programas regulativos del Estado social, falta la correa de transmisión con la que transferir la racionalidad del procedimiento legislativo a los procedimientos de la Justicia y la Administración. Sin la eficacia automática de una estricta vinculación a la ley, tal como se supone en el modelo liberal y sólo en él, permanece abierta la cuestión de cómo la racionalidad procedimental de una parte puede quedar reflejada en la racionalidad experimental de la otra parte.

(4) Esta cuestión, por lo menos en lo concerniente a la racionalidad de la práctica de las decisiones judiciales, se convierte en punto de partida de una tercera línea argumentativa. Esta posición está bastante menos precisada que las que representan la crítica formalista del derecho y la crítica del derecho efectuada en términos de teoría de la democracia. La respuesta a la cuestión de cómo se las arregla la Justicia con el derecho desformalizado, aparece al menos en dos va-

riantes, la iusnaturalista y la contextualista. Pero hagamos antes una breve descripción de los fenómenos que vienen aquí al caso.

El análisis suele detenerse con preferencia en los ejemplos suministrados por la práctica de toma de decisiones del Tribunal Constitucional alemán, que tiene encomendada las tareas de control abstracto de las normas. También el derecho de familia, el derecho laboral y el derecho social confrontan a la jurisprudencia con materias que no pueden elaborarse conforme al patrón clásico que representa el procedimiento de los tribunales de derecho civil, es decir, el de subsumir el caso particular bajo una ley general[24]. Pero es en las interpretaciones propias del derecho constitucional donde cabe reconocer muy bien tendencias hacia una práctica de toma de decisiones que no sólo llena huecos legales sino que representa un expreso desarrollo constructivo del derecho.

Aquí se muestra de forma particularmente clara que la apariencia que había hablado en favor del modelo liberal, se ha venido abajo. Ha quedado rota la barrera que establecía una separación entre la esfera estatal de la «realización del bien común» y el ámbito social de la persecución privada-autónoma del bienestar individual. La Constitución se presenta hoy como un todo dinámico, en el que en cada caso hay que establecer un equilibrio *ad hoc* entre el bien particular y el bien común a la luz de los principios constitucionales supremos y de una comprensión holista de la Constitución[25]. La jerarquía entre norma fundamental y ley simple ha quedado tan disuelta como la estructura de regla de los derechos fundamentales[26]. No hay en absoluto derecho alguno que no pueda restringirse en virtud de consideraciones concernientes a equilibrio entre principios. De ahí que el Tribunal Constitucional haya establecido el «principio de integración o de efecto recíproco», conforme al cual todo elemento del orden jurídico puede interpretarse de *modo distinto* según el contexto, a partir de una comprensión del «orden valorativo que la Constitución plasma» considerado en conjunto. Pero con esta anticipación del sentido reconstruido del todo, una anticipación que viene gobernada por principios, establécese no ciertamente en el plano de la letra del texto legal, pero sí metodológicamente, una estructura en dos niveles, la del orden legal y la de los principios legitimadores. Esta estructura en dos niveles tiene por consecuencia una considerable inseguridad jurídica. E. Denninger habla en este contexto de un desplazamiento de la dominación legal —de la do-

24. R. Salgo, «Soll die Zuständigkeit des Familiengerichts erweitert werden?»: *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 31 (1984), pp. 221 ss.
25. E. Denninger, «Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe», en Ch. Broda (ed.), *Festschrift für R. Wassermann*, Darmstadt y Neuwied, 1985, pp. 279 ss.
26. R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993.

minación de la legalidad de leyes y medidas— por una «dominación en virtud de una legitimidad sancionada por los jueces»[27].

Pero tanto más urgente se torna entonces para una crítica del derecho la cuestión de si la Justicia puede todavía confiar en llenar racionalmente esos espacios de discrecionalidad inevitablemente ampliados, es decir, en llenarlos con argumentos susceptibles de ser sometidos a comprobación intersubjetiva. Las reservas conservadoras vienen motivadas en general por la desconfianza contra un legislador parlamentario que puede dejarse arrastrar por la demagogia. En este punto esta actitud guarda una posición asimétrica con la línea de argumentación articulada en términos de teoría de la democracia. Pues también por el lado conservador resulta decisiva una especial valoración de la injusticia del régimen nacional-socialista. Una Justicia que pueda orientarse por principios jurídicos suprapositivos, constituiría un contrapeso contra «el positivismo de los fines o el positivismo del poder» «de mayorías carentes de pensamiento, ciegas al derecho, intimidadas o violentadas»[28]. Como la fuerza legitimadora de la voluntad general democrática habría quedado enterrada por el positivismo jurídico, la producción legislativa tendría que venir sometida al control de una jurisprudencia que, ciertamente, quede vinculada a la ley, pero también «a las leyes supremas de una justicia material»[29]. Ya se tomen esas leyes del derecho natural cristiano, ya se las tome de una ética material de los valores, ya se apele directamente en términos neoaristotélicos al *ethos* en que se ha crecido, el caso es que con tal apelación a la «incondicionalidad» de un orden valorativo concreto se cumplen de hecho los temores de Max Weber de que la desformalización del derecho suponía abrir las puertas de par en par a una inundación de orientaciones valorativas materiales y, por tanto, controvertibles, y en el fondo irracionales[30].

Nota característica de los abogados de tal judicatura de los valores, ya se interprete ésta en términos iusnaturalistas, ya se interprete en términos contextualistas, es que comparten las *premisas filosóficas* de Max Weber, pero cambiándoles el signo. Ponen a un mismo nivel procedimientos, principios abstractos, y valores concretos. Como lo universal ético estaría ya siempre inserto en contextos de acción históricos y concretos, no podría haber una fundamentación o ponderación de principios conforme a un procedimiento general que garantizase la imparcialidad. Particularmente los neoaristotélicos propenden a una ética de las instituciones que reduce o suspende la tensión entre norma y realidad, entre principio y regla, neutra-

27. E. Denninger, «Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe», p. 284.
28. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, p. 560.
29. *Ibid.*, p. 604.
30. U. K. Preuss, *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt a. M., 1973.

liza la diferencia que Kant establece entre cuestiones de fundamentación y cuestiones de aplicación y reduce las cuestiones morales a cuestiones prudenciales[31]. Y en este nivel de una «capacidad de juzgar» puramente pragmática se mezclan y confunden entonces de una forma un tanto opaca consideraciones pragmáticas y consideraciones de tipo funcional.

Tampoco el Tribunal Constitucional alemán, a la hora de proceder a sopesar valores concretos, dispone de criterios conforme a los que poder razonar la primacía de la que principios normativos (como el de trato igual o el de la dignidad humana) o importantes principios metodológicos (como el principio de proporcionalidad o el principio de adecuación) han de gozar sobre imperativos funcionales (como el de la paz laboral, el de la capacidad de funcionamiento del ejército o en general el de la reserva de posibilidad). Cuando los derechos individuales y los bienes colectivos quedan todos convertidos en valores, entre los que los primeros son tan particulares como los segundos, las consideraciones deontológicas y teleológicas, e incluso las consideraciones referentes a teoría de sistemas, se mezclan unas con otras de forma confusa y revuelta. Y la sospecha de que en el choque de tales preferencias valorativas ya no susceptibles de ulterior racionalización se impone también de hecho el interés más capaz de imponerse, es una sospecha más que fundada. Esta circunstancia explica entonces también por qué el resultado de los procesos judiciales puede predecirse relativamente bien recurriendo a un enfoque de teoría de intereses o teoría del poder.

Esta línea de argumentación es de interés sólo en cuanto que llama la atención sobre un problema no resuelto. Analizando el ejemplo del trato de la Justicia con el derecho desformalizado muestra que no puede negarse una moralización del derecho, la cual aparece ahora también de forma manifiesta, y que tampoco se la puede eliminar, pues va internamente asociada con la hornada de juridificación ligada al Estado social. Sin embargo, el derecho natural renovado en términos cristianos o en términos de ética de los valores, o el neoaristotelismo, se enfrentan a todo ello sin saber bien qué hacer porque el tipo de interpretación que representan no resulta adecuado para dar razón del núcleo racional de la práctica procedimental de los tribunales. Las éticas de los valores y las éticas de los bienes privilegian en cada caso *contenidos* normativos particulares: sus premisas normativas son demasiado fuertes como para poder servir de base a decisiones vinculantes para todos en una sociedad moderna caracterizada por el pluralismo de convicciones últimas. Sólo las teorías morales y las teorías de la justicia planteadas en términos procedimentalistas prometen un procedimiento *imparcial* para la fundamentación y ponderación de principios.

31. H. Schnädelbach, «Was ist Neoaristotelismus?», en W. Kuhlmann (ed.), *Moralität und Sittlichkeit*, Frankfurt a. M., 1986, pp. 38 ss.

III. LA RACIONALIDAD DE PROCEDIMIENTOS JURÍDICAMENTE INSTITUCIONALIZADOS: CUESTIONES PREVIAS

(1) Si en las sociedades de nuestro tipo ha de ser posible una legitimidad a través de la legalidad, la fe en la legitimidad, la cual ya no puede contar con las certezas colectivas suministradas antaño por la religión y la metafísica, en algún sentido habrá de poder apoyarse en la racionalidad del derecho. Pero no se ha confirmado la suposición de Max Weber de que la base de la fuerza legitimadora de la legalidad sea una racionalidad autónoma, es decir, exenta de moralidad, inmanente al derecho como tal. Una dominación ejercida en las formas del derecho positivo, obligado siempre a dar razones y fundamentaciones, debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho. Pero el formalismo del derecho no debe pensarse en términos concretistas ligándolo a determinados rasgos semánticos. La fuerza legitimadora la tienen más bien los procedimientos que institucionalizan exigencias de fundamentación y las vías por las que ha de procederse al desempeño argumentativo de tales exigencias. Además la fuente de legitimación no debe buscarse unilateralmente, no debe buscarse en un solo lugar, o bien en el de la producción legislativa, o bien en el de la administración de justicia. Pues bajo las condiciones de una política ligada a las obligaciones del Estado social, ni siquiera el legislador democrático más cuidadoso puede vincular a la Justicia y a la Administración mediante la forma semántica de la ley; pues no es posible prescindir del tipo de derecho regulativo ligado al Estado social. En los procedimientos jurídicos sólo cabe señalar un núcleo racional en el sentido práctico-moral de «racional», cuando se analiza cómo a través de la idea de imparcialidad (de imparcialidad tanto en la fundamentación de normas como en la aplicación de regulaciones vinculantes) se establece una conexión constructiva entre derecho vigente, procedimientos legislativos y procedimientos de aplicación del derecho. Esta idea de imparcialidad constituye el núcleo de la razón práctica. Si dejamos por un momento de lado el problema de la aplicación imparcial de las normas, la idea de imparcialidad, en el aspecto sobre todo de fundamentación de las normas, es desarrollada en aquellas teorías morales y en aquellas teorías de la justicia que proponen un procedimiento relativo a cómo pueden tratarse las cuestiones prácticas desde un punto de vista moral. La racionalidad de tal procedimiento puro, que antecede a toda institucionalización, se mide atendiendo a si en él queda articulado de forma adecuada el *moral point of view*.

En la actualidad veo *tres candidatos serios* a tal teoría procedimental de la justicia. Los tres provienen de la tradición kantiana, pero se distinguen por los modelos a que recurren para explicar el procedimiento de formación imparcial de la voluntad común[32]. John Rawls sigue partiendo del modelo de un convenio de tipo contractual e inserta en la descripción de la «posición original» las restricciones normativas bajo las que el egoísmo racional de las partes libres e iguales tiene que acabar conduciendo a la elección de principios normativamente correctos. La *fairness* de los resultados viene asegurada por el procedimiento mediante el que esos resultados se obtienen[33]. Lawrence Kohlberg utiliza, en cambio, el modelo de G. H. Mead de la reciprocidad general de perspectivas entrelazadas unas con otras. En vez de una «posición original» idealizada, tenemos una asunción ideal de rol (*ideal role-taking*) que exige del sujeto que juzga moralmente ponerse en lugar de todos aquellos que se verían afectados por la entrada en vigor de la norma en cuestión[34]. A mi juicio, ambos modelos tienen la desventaja de que no hacen del todo justicia a la pretensión cognitiva de los juicios morales. En el modelo del contrato nuestras convicciones morales quedan asimiladas a decisiones atenidas a principios de elección racional, y en el modelo de la «asunción de rol» a ejercicios empáticos de comprensión del prójimo. Por eso K.-O. Apel y yo hemos propuesto entender la argumentación moral misma como el procedimiento adecuado de formación racional de la voluntad. El examen de pretensiones de validez hipotéticas representa tal procedimiento, porque quien quiere argumentar seriamente ha de empezar asumiendo (y estribando en) las suposiciones idealizadoras que comporta una forma de comunicación tan exigente como es el discurso práctico. Pues todo participante en una práctica argumentativa tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que es lícito ejercer es la que ejercen los mejores argumentos[35].

No voy a entrar aquí en discusiones concernientes a teoría moral. En nuestro contexto nos basta con constatar que existen candidatos serios para una teoría procedimental de la justicia. Porque si ello no fuera así, quedaría en el aire mi tesis de que derecho procedimentalizado y fundamentación moral de principios son cosas que se remiten la una a la otra. La legalidad sólo puede engendrar legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivización del derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean *permeables* a los discursos morales.

32. J. Habermas, «Gerechtigkeit und Solidarität», en W. Edelstein y G. Nunner-Winkler (eds.), *Zur Bestimmung der Moral*, Frankfurt a. M., 1986.

33. J. Rawls, *Teoría de la justicia*, México, 1979.

34. L. Kohlberg, *Filosofía del desarrollo moral*, Bilbao, 1992.

35. J. Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt a. M., 1983; K.-O. Apel, *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt a. M., 1988.

(2) Sin embargo, no deben confundirse los límites entre derecho y moral. Los procedimientos que las teorías de la justicia ofrecen para explicar cómo puede enjuiciarse algo desde un punto de vista moral sólo tienen en común con los procedimientos jurídicamente institucionalizados el que la racionalidad del procedimiento habría de garantizar la «validez» de los resultados obtenidos conforme a ese procedimiento. Pero los procedimientos jurídicos se aproximan a las exigencias de una racionalidad procedimental perfecta o completa porque llevan asociados criterios institucionales y, por tanto, criterios independientes, en virtud de los cuales puede establecerse desde la perspectiva de un no implicado si una decisión se produjo o no conforme a derecho. El procedimiento que representan los discursos morales, es decir, los discursos no jurídicamente regulados, no cumple esta condición, en este caso la racionalidad procedimental es imperfecta o incompleta. La cuestión de si tal o cual problema se ha enjuiciado desde un punto de vista moral, es algo que sólo puede decidirse desde la perspectiva de los participantes mismos; pues aquí no hay criterios externos o previos. Ninguno de estos procedimientos puede prescindir de idealizaciones, si bien éstas —como ocurre en el caso de los supuestos de la práctica de la argumentación— no tienen alternativa alguna, es decir, resultan inevitables o ineludibles en el sentido de una necesidad transcendental débil. Por otro lado, son precisamente las debilidades de una racionalidad procedimental incompleta o imperfecta de este tipo las que desde puntos de vista funcionales explican por qué determinadas materias necesitan de una regulación jurídica y no pueden dejarse a reglas morales de corte postradicional. Sea cual fuere el procedimiento conforme al cual hemos de juzgar si una norma podría encontrar el asentimiento no coercitivo, es decir, racionalmente motivado, de todos los posibles afectados, tal procedimiento no garantiza ni la infalibilidad ni la univocidad del resultado, ni tampoco que éste se obtenga en el plazo deseado. Una moral autónoma sólo dispone de procedimientos falibilistas de fundamentación de normas. Este alto grado de indeterminación cognitiva se ve además reforzado porque una aplicación (que resulte sensible al contexto) de reglas sumamente abstractas a situaciones complejas —descritas de la forma más adecuada posible y también de la forma más completa posible en lo que se refiere a sus aspectos relevantes— entraña además una incertidumbre estructural adicio-

nal[36]. A esta debilidad cognitiva responde una debilidad motivacional. Toda moral postradicional exige un distanciamiento respecto de las evidencias y autoevidencias de las formas de vida en las que uno ha crecido sin hacerse problema de ellas. Y tales convicciones morales desconectadas de la eticidad concreta de la vida cotidiana no comportan sin más la fuerza motivacional necesaria para hacer también prácticamente eficaces los juicios morales. Cuanto más se interioriza la moral y cuanto más autónoma se vuelve, más se retira al ámbito de lo privado.

De ahí que en todos aquellos ámbitos de acción en que conflictos, problemas funcionalmente importantes y materias de importancia social exigen tanto una regulación unívoca, como a plazo fijo, y vinculante, sean las normas jurídicas las encargadas de resolver las inseguridades que se presentarían si todos esos problemas se dejasen a una regulación puramente moral del comportamiento. La *complementación* de la moral por un derecho coercitivo puede justificarse, pues, moralmente. K.-O. Apel habla a este propósito del problema de qué puede en definitiva exigirse en el contexto de una moral universalista que como tal ha de ser por fuerza una moral bien exigente[37]. Pues incluso las normas moralmente bien fundadas sólo son exigibles en la medida en que aquellos que ajusten a ellas su comportamiento puedan esperar que también los otros se comporten de conformidad con esas normas. Pues sólo bajo la condición de una observancia de las normas practicada por todos, cuentan las razones que pueden aducirse para la justificación de tales normas. Pues bien, como de las convicciones morales no cabe esperar que cobren para todos los sujetos una obligatoriedad que en todos los casos, es decir, con carácter general, las haga efectivas en la práctica, la observancia de tales normas sólo es exigible (si nos situamos en la perspectiva de lo que Weber llamaba una ética de la responsabilidad) si cobran obligatoriedad jurídica.

Rasgos importantes del derecho positivo se tornan comprensibles si entendemos el derecho desde este punto de vista de una compensación de las debilidades de una moral autónoma. Las expectativas de comportamiento jurídicamente institucionalizadas cobran *fuerza vinculante* mediante su conexión o acoplamiento con el poder de sanción estatal. Se extienden a aquello que Kant llamaba *aspecto externo* de la acción, no a los motivos e intenciones, en relación con los cuales no cabe forzar a nadie. La *administración profesional* del derecho fijado por escrito, público y sistemáticamente configurado,

36. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988.

37. K.-O. Apel, «Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Sittlichkeit aufgehoben werden?», ahora en Id., *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt a. M., 1988, pp. 103 ss.

exonera a las personas jurídicas privadas del esfuerzo que ha de hacer el individuo mismo cuando se trata de la solución moral de los conflictos de acción. Finalmente, el derecho positivo debe sus rasgos *convencionales* a la circunstancia de que es puesto en vigor por las decisiones de un legislador político y de que, en principio, puede cambiarse a voluntad.

Esta dependencia del derecho respecto de la política explica también el aspecto instrumental del derecho. Mientras que las normas morales son en todo momento fines en sí, las normas jurídicas valen *también* como medios para conseguir objetivos políticos. Pues no sólo están ahí, como ocurre en el caso de la moral, para la solución imparcial de conflictos de acción, sino también para la puesta en práctica de programas políticos. Los objetivos políticos y las medidas políticas que traducen esos objetivos a la práctica sólo cobran fuerza vinculante merced a su forma jurídica. En este aspecto el derecho se sitúa entre la política y la moral; y correspondientemente, como ha mostrado Dworkin, en el discurso jurídico los argumentos relativos a interpretación de las leyes, cuando se trata de aplicar éstas, se unen, así con argumentos relativos a objetivos políticos, como con argumentos que pertenecen al campo de las justificaciones morales.

(3) Hasta ahora las consideraciones que hemos venido haciendo acerca de la cuestión de la legitimidad de la legalidad nos han puesto en primer plano el tema «derecho y moral». Hemos aclarado cómo se complementan mutuamente un derecho exteriorizado en términos convencionales (en el sentido que a esta expresión da L. Kohlberg) y una moral interiorizada. Pero más que esta relación de complementariedad nos interesa el simultáneo *entrelazamiento* de derecho y moral. Éste se produce porque en los órdenes e instituciones del Estado de derecho se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación, que quedan abiertas a argumentaciones morales. La moral ya no se cierne por *encima del* derecho (como sugiere todavía la construcción del derecho natural racional en forma de un conjunto suprapositivo de normas); emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo. Pero esa moralidad que no solamente se enfrenta al derecho, sino que también se instala en el derecho mismo, es de naturaleza procedimental; se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada en un procedimiento de fundamentación y aplicación de contenidos normativos posibles. Así, un derecho procedimental y una moral procedimentalizada pueden controlarse mutuamente. En los discursos jurídicos el tratamiento argumentativo de cuestiones práctico-morales queda, por así decir, domesticado por vía de institucionalización jurídica; ese tratamien-

to viene limitado, en lo que se refiere a método, por la vinculación al derecho vigente; en la dimensión objetiva viene limitado en lo que respecta a temas y cargas de la prueba; en la dimensión social, en lo que respecta a condiciones de participación, a inmunidades y a distribución de papeles; y en la dimensión del tiempo, en lo que respecta a plazos de decisión. Pero, a la inversa, también la argumentación moral queda institucionalizada como un procedimiento abierto, que obedece a su propia lógica interna y controla así su propia racionalidad. La estructuración jurídica no penetra en el interior de la argumentación hasta el punto de que ésta hubiera de detenerse o tuviera que quedar atascada en los límites del derecho positivo. El derecho mismo deja en franquía y estimula una dinámica de fundamentación y justificación, que también puede llegar a transcender la letra del derecho positivo, de forma no determinada ni prevista por éste.

Naturalmente, esta concepción habría de matizarse y diferenciarse atendiendo a los contextos diversos que son los discursos propios de las ciencias jurídicas, o los discursos que en la administración de justicia se producen por parte de los fiscales y abogados y por parte de los jueces, y también atendiendo a los diversos ámbitos temáticos (desde cuestiones próximas a la moral hasta cuestiones puramente técnicas). Y entonces esta concepción podría servir al objetivo crítico de reconstruir la correspondiente práctica de toma de decisiones desde el punto de vista de en qué medida los procedimientos jurídicos dejan espacio para la lógica de la argumentación o distorsionan sistemáticamente el juego argumentativo mediante restricciones en que implícitamente se hacen valer coerciones externas. Naturalmente, tales efectos no solamente se reflejan en las regulaciones jurídicas mismas de tipo procedimental, sino también en el modo como tales regulaciones se llevan a la práctica. A veces se da una clase especial de argumentos que se presta muy bien a tal reconstrucción; en la práctica de las decisiones judiciales es fácil, por ejemplo, someter a este tipo de reconstrucción las fundamentaciones de las sentencias que ponen entre paréntesis puntos de vista normativos para sustituirlos por argumentos relativos a imperativos funcionales que se dan por obvios. Precisamente en tales ejemplos queda claro que la justicia y el sistema jurídico reaccionan ciertamente a la sociedad, pero que no son autónomos frente a ella. Pues la cuestión de si hay que someterse a imperativos sistémicos, bien sea de la economía, bien sea del aparato estatal mismo, incluso cuando tales imperativos quebrantan o merman principios bien fundados, no es algo que en última instancia se decida en los tribunales de justicia, tampoco en el espacio público-jurídico, sino en las luchas políticas acerca del trazado de límites entre sistema y mundo de la vida.

Ahora bien, hemos visto que la fueza legitimadora que tiene su sede en la racionalidad de los procedimientos jurídicos, se comunica a la dominación legal no sólo a través de las normas procedimentales de la administración de justicia, sino en mayor grado aún a través del procedimiento democrático de producción de normas. Pero el que los procedimientos parlamentarios puedan tener un núcleo racional en sentido práctico-moral, no es algo que a primera vista resulte tan plausible. Pues en este caso todo parece reducirse a la adquisición de poder político y a una competición (regida, regulada y controlada por ese poder) de intereses divergentes y contrapuestos, de suerte que las discusiones parlamentarias serían accesibles a lo sumo a un análisis empírico, pero no a una reconstrucción crítica conforme al modelo de una negociación *fair* de compromisos, ni mucho menos conforme al modelo de una formación discursiva de la voluntad común. En este lugar no puedo ofrecer ningún modelo satisfactorio, pero sí quiero subrayar la existencia de teorías de la Constitución centradas en la idea del proceso político-democrático que la Constitución regula, las cuales responden a un planteamiento crítico-reconstructivo[38]. La regla de la mayoría, las normas de procedimiento parlamentario, la ley electoral, etc., se analizan desde el punto de vista de cómo y hasta qué punto puede asegurarse que en los procesos parlamentarios de decisión se tomen en consideración todos los intereses afectados y todos los aspectos relevantes de la materia de que se trate. Una debilidad de estas teorías la veo, no tanto en ese enfoque como tal, centrado en la idea de proceso político, sino en que no desarrollan sus puntos de vista normativos desde una lógica de la argumentación moral, ni los aplican a las condiciones comunicativas para una formación discursiva de la voluntad. Por lo demás, la formación intraparlamentaria de la voluntad sólo constituye un pequeño segmento de la vida pública. La calidad racional del proceso de producción legislativa no sólo depende de cómo trabajan en el Parlamento las mayorías elegidas y las minorías elegidas. Depende también del nivel de participación y del nivel de formación de los participantes, del grado de información y de la claridad y nitidez con que en el seno de la opinión pública quedan articuladas las cuestiones de que se trate, en una palabra: del carácter discursivo de la formación no institucionalizada de la opinión en el espacio público político. La calidad de la vida pública viene en general determinada por las oportunidades efectivas que abra el espacio de la opinión pública política con sus medios de comunicación y sus estructuras[39]. Pero todos estos enfoques se exponen a la

38. J. H. Ely, *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass., 1980.

39. F. Michelman, «Justification (and Justifiability) of Law»: *Nomos*, t. XVIII (1986), pp. 71 ss.

duda de si en vista del vertiginoso crecimiento de la complejidad de la sociedad, este tipo de planteamientos no tienen que resultar irremediablemente ingenuos. Si tenemos presente la crítica de la escuela realista, que hoy vienen siendo radicalizadas por los *Critical Legal Studies*, toda investigación normativa que considera al Estado democrático de derecho desde su propia perspectiva interna y, por así decir, le tome la palabra, cae víctima de un impotente idealismo. En la próxima lección cambiaré de perspectiva y pasaré a un tipo de consideración, no tanto normativo, como de teoría de la sociedad.

Segunda lección
SOBRE LA IDEA DE ESTADO DE DERECHO

Con la pregunta de Max Weber de cómo es posible la legitimidad a través de la legalidad, implícitamente he aceptado de entrada una teoría que describe la evolución del derecho desde el punto de vista de una racionalización del derecho. Este enfoque exige un entrelazamiento nada habitual de estrategias de investigación de tipo descriptivo y de tipo normativo. La historia de la ciencia nos ofrece casos de interacción similar entre la explicación externa de un cambio de paradigma y la reconstrucción interna de aquellos problemas no resueltos que acabaron haciendo degenerar un programa de investigación que ya no lograba ofrecer más impulsos. El tránsito de la dominación tradicional a la legal es un fenómeno complejo que exige ante todo una investigación empírica en conexión con otros procesos de modernización; por otro lado, Weber interpreta las cualidades formales del derecho desde la perspectiva interna de la evolución jurídica como resultado de un proceso de racionalización.

Hasta aquí hemos seguido a Max Weber por esta vía de una reconstrucción interna, pero no de forma acrítica. Hemos visto *primero* que la forma del derecho moderno, aunque se la describa bajo premisas del formalismo jurídico, de ningún modo se la puede describir como «racional» en un sentido moralmente neutral. Hemos mostrado, *segundo*, que el cambio de forma del derecho, que se produce en el Estado social, en modo alguno tiene por qué destruir las cualidades formales del derecho, entendidas éstas en un sentido lato. Las cualidades formales pueden ser objeto de una versión más abstracta atendiendo a la relación de complementariedad entre derecho positivo y una justicia entendida en términos procedimentalistas. Pero este resultado nos ha dejado, *tercero*, con el problema de que criterios de una racionalidad procedimental extraordinariamente exigente emigran al medio que es el derecho. En cuanto se vuelve explícita de este modo la cuestión implícita de cómo es posible un derecho justo

a la vez que funcional, que es la que subyace en casi toda la crítica jurídica desde Max Weber, plantéase la contrapregunta realista de si el sistema jurídico, en una sociedad que se torna cada vez más compleja, puede soportar una tensión hasta tal punto agudizada entre exigencias normativas y requisitos funcionales. Impónese la duda de si para un derecho que tiene que funcionar en tal entorno la autocomprensión idealista de una justificación moral a partir de principios puede consistir en otra cosa que en un puro y huero ornamento.

Muchos entienden esa cuestión como una simple escaramuza retórica, propia de una posición en retirada y, abandonando la perspectiva normativa, pasan a una perspectiva de observador articulada en términos, bien de sociología del derecho, bien de teoría económica del derecho. Pues para el observador sociológico aquello que para los participantes *es* normativamente vinculante, se presenta como algo que los participantes *tienen por* correcto. Desde este punto de vista la fe en la legalidad pierde también su relación interna con las buenas razones. Y en todo caso pierden su significado y relevancia las estructuras de racionalidad traídas a luz con intención reconstructiva. Pero en este cambio de perspectiva metodológica los problemas normativos quedan sólo neutralizados por pura decisión. Quedan desplazados a los márgenes, pero desde ahí pueden volver a irrumpir en cualquier momento. De ahí que resulte más prometedora una reformulación funcionalista de los problemas normativos. Esos problemas no se dejan de antemano de lado, sino que se los hace desaparecer por vía de una descripción que los interpreta.

En primer lugar (I) entraré en algunos aspectos básicos de la teoría del derecho que Luhmann articula en términos de funcionalismo sistémico y llamaré la atención sobre algunos fenómenos en los que esa estrategia de explicación labora en vano. Partiendo del resultado de que la autonomía del sistema jurídico no puede aprehenderse satisfactoriamente en conceptos de la teoría de sistemas, investigaré en una segunda parte (II) en qué sentido el derecho moderno se diferenció, con ayuda del derecho natural racional, del complejo que en la tradición formaban la política, el derecho y la moral. Finalmente (III), nos ocuparemos de la cuestión de si del hundimiento del derecho natural racional surge una idea de Estado de derecho, que no se limita a enfrentarse impotente a una sociedad de elevada complejidad y acelerado cambio estructural, sino que tiene sus raíces en esa misma sociedad.

I. ¿AUTONOMÍA SISTÉMICA DEL DERECHO?

(1) Luhmann entiende el derecho como un sistema autopoiético y desarrolla sobre esta base una teoría de altos vuelos, utilizable tam-

bién en la perspectiva de una crítica del derecho[40]. Lo que desde la perspectiva interna de la dogmática jurídica aparece en forma de una práctica normativa de toma de decisiones, Luhmann lo explica en términos funcionalistas como resultado de procesos fácticos de mantenimiento autocontrolado de la propia consistencia por parte de un determinado subsistema social. La teoría sistémica del derecho podemos caracterizarla brevemente señalando tres de sus aspectos claves en lo que respecta a estrategia conceptual. En primer lugar, la cualidad deontológica de las normas jurídicas queda redefinida de suerte que resulta accesible a un análisis puramente funcional (*a*). A continuación esta concepción positivista del derecho es objeto de una redescripción funcionalista, quedando traducida al modelo de un sistema jurídico diferenciado, que funcionaría con plena autonomía (*b*). Finalmente, la legitimidad a través de la legalidad es explicada como un autoengaño estabilizador del sistema, que viene impuesto por el propio código con que opera el derecho y que el propio sistema jurídico se encarga de absorber y neutralizar (*c*).

ad (*a*) Lo *primero* que Luhmann hace es desnudar a las expectativas generalizadas de comportamiento de su carácter deontológico, es decir, de su carácter normativamente vinculante[41]. Luhmann hace desaparecer el sentido ilocucionario de los preceptos (o de las prohibiciones y permisos) y, por tanto, el efecto de establecer vínculos, que tienen esos actos de habla. Pues reinterpreta en términos de teoría del aprendizaje las expectativas normativas de comportamiento convirtiéndolas en una variante de las expectativas cognitivas, de las expectativas que no descansan en títulos o autorizaciones, sino en pronósticos. Conforme a esta lectura las normas sólo pueden estabilizar expectativas e inmunizarlas contra los desengaños a costa de un déficit cognitivo. Bajo esta descripción empirista las expectativas normativas aparecen como expectativas cognitivas dogmatizadas, como expectativas cognitivas sostenidas por la voluntad de no aprender. Y como el negarse a una adaptación guiada por el aprendizaje es arriesgado, las expectativas normativas han de venir respaldadas por una autoridad especial, entre otras cosas han de venir aseguradas por institucionalización estatal y por la amenaza de sanciones, con otras palabras: han de ser transformadas en derecho. Cuanto más complejas se tornan las sociedades, tanto mayor es también la presión que se ejerce sobre el sistema jurídico para que se someta a cambios. Ha de adaptarse de forma acelerada a los cambios del entorno.

40. N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, Opladen, 1983; Id., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1981.
41. *Ibid.*, pp. 73 ss.

ad (*b*) Y así, en el siguiente paso Luhmann describe el derecho positivo como una inteligente combinación de no disponibilidad al aprendizaje, es decir, de negativa a aprender —en el sentido de una normatividad reinterpretada en términos empiristas— y de capacidad de aprendizaje. Esta capacidad la adquiere el derecho mediante diferenciación, en la medida en que, por una parte, se desliga de las normas morales extrañas al derecho o de las normas morales fundamentadas en términos de derecho natural y, por otra parte, se vuelve independiente de la política, es decir, de las instancias legislativas y de la Administración. Pues es entonces cuando se establece como un sistema funcionalmente especificado, que opera en términos autorreferenciales, que elabora informaciones externas ateniéndose solamente a su propio código y que se reproduce a sí mismo *junto a* otros subsistemas sociales. Este tipo de autonomía sistémica el sistema jurídico la paga, empero, con esa paradoja de la que también adolecía ya la «regla de reconocimiento» de Hart: lo que visto desde fuera es un hecho social, o una propiedad emergente o una práctica a la que se está habituado, y en todo caso algo que se presenta de forma contingente, ha de poder ser aceptado desde dentro como un convincente criterio de validez. En ello no hace sino reflejarse la paradoja inscrita en los propios fundamentos de validez del derecho positivo: si la función del derecho consiste en estabilizar expectativas de comportamiento normativamente generalizadas, ¿cómo puede ser cumplida todavía esta función por un derecho cambiable a voluntad que sólo es válido en virtud de la decisión de un legislador político? También Luhmann se ve obligado a dar respuesta a la cuestión de cómo es posible la legitimidad por medio de la legalidad.

ad (*c*) Un sistema jurídico diferenciado no puede romper esa circularidad con que se presenta el código jurídico al volverse autónomo, a saber, la circularidad que consiste en que sólo puede considerarse derecho aquello que ha sido establecido como derecho mediante los procedimientos jurídicamente estatuidos, recurriendo para romperla a razones legitimantes de tipo extrajurídico. Si el derecho, aun con independencia del hecho de que en tanto que derecho positivo sólo es válido mientras no sea revocado, ha de ser aceptado como válido, ha de poder al menos mantener la ficción de ser un derecho justo o correcto, y ello tanto entre los destinatarios del derecho, que tienen la obligación de obedecerlo, como también entre los expertos que administran el derecho sin cinismo.

En este punto Luhmann da a la legitimación mediante procedimiento una interesante interpretación[42]. Los procedimientos institucionalizados de aplicación del derecho vigente están ahí, en lo que

42. N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969.

a los destinatarios concierne, para domesticar la disponibilidad al conflicto de los clientes en inferioridad de condiciones, absorbiendo desengaños. En el curso de un proceso las posiciones quedan hasta tal punto especificadas en orden al resultado abierto, los temas de conflicto quedan hasta tal punto despojados de las relevancias de que están revestidos en el mundo de la vida y reducidos de tal suerte a pretensiones puramente subjetivas, «que el obstinado queda aislado como individuo y despolitizado»[43]. No se trata, pues, de generación de consenso, sino sólo de que surja la apariencia externa (o la probabilidad de la suposición) de una aceptación general. Consideradas las cosas desde un punto de vista de psicología social, el verse implicado en procedimientos jurídicos tiene algo que desarma a uno, pues tal implicación fomenta la impresión de que aquellos a quienes ha ido mal «no pueden apelar a un consenso institucionalizado, sino que deben aprender».

Pero, naturalmente, esta explicación sólo puede ser válida para los legos, pero no para los expertos en derecho que, en tanto que jueces, abogados o fiscales, administran el derecho. Los juristas que elaboran los casos y que, para hacerlo, se orientan cada vez más por las consecuencias, conocen el espacio de discrecionalidad de que disponen y saben que los pronósticos son inseguros y los principios multívocos. Pero si, a pesar de ello, este empleo, digamos, oficial del derecho no ha de destruir la legitimidad del derecho, los procedimientos jurídicos han de ser interpretados por parte de los iniciados de forma distinta que por parte de los clientes, a saber, como la institucionalización de deberes de fundamentación y de cargas de argumentación. Los argumentos están para que los juristas, en tanto que implicados en el procedimiento, puedan entregarse a la ilusión de no estar decidiendo a voluntad y conforme al propio arbitrio: «Todo argumento disminuye el valor de sorpresa de los argumentos que le siguen y, en último término, el valor de sorpresa de las decisiones»[44]. Desde puntos de vista funcionalistas una argumentación puede, desde luego, describirse también así; pero Luhmann tiene por suficiente la descripción que da porque no atribuye a las razones una fuerza racionalmente motivadora. Pues conforme a su concepción no hay ningún buen argumento en favor de que los malos argumentos son malos argumentos; por fortuna, mediante la argumentación surge, empero, la apariencia «de que fuesen las razones las que justificasen las decisiones y no (la necesidad de tomar) decisiones las razones»[45].

43. N. Luhmann, *Rechtssoziologie*, p. 264.
44. N. Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1986, p. 35.
45. *Ibid.*, p. 33 (el paréntesis es mío).

(2) Bajo estas tres premisas el cambio de forma del derecho, que ha venido diagnosticándose desde Max Weber, puede entonces interpretarse como consecuencia de un proceso de diferenciación lograda del sistema jurídico. Las operaciones de adaptación que una sociedad que se vuelve cada vez más compleja exige del sistema jurídico, imponen pasar a un estilo cognitivo, es decir, a una práctica de toma de decisiones, sensible al contexto, dispuesta a aprender y flexible. Sin embargo, este desplazamiento del centro de gravedad desde las tareas específicas de un aseguramiento normativo de expectativas generalizadas de comportamiento a tareas de control o regulación sistémica no puede ir tan lejos que se vea amenazada la identidad del derecho mismo[46]. Estaríamos ante tal caso límite si, por ejemplo, el sistema jurídico, mostrándose demasiado dispuesto a aprender, sustituyese la autocomprensión que le suministra la dogmática jurídica, por un análisis sistémico tomado desde fuera. Por ejemplo, la internalización del tipo de descripción que desde fuera hace Luhmann, conduciría a una disolución cínica de la conciencia normativa entre los expertos en derecho y pondría en peligro la autonomía del código que el derecho representa.

El concepto de autonomía sistémica del derecho tiene también un valor crítico. Luhmann, al igual que Max Weber, ve en las tendencias a la desformalización del derecho el peligro de una mediatización del derecho por la política; pero Luhmann tiene que percibir esa «sobrepolitización» como el peligro de una desdiferenciación que se produce cuando el formalismo del derecho cede a cálculos de poder y de utilidad y finalmente queda engullido por esos cálculos. La autonomía del sistema jurídico coincide con la capacidad de éste de controlarse y regularse a sí mismo en términos reflexivos y deslindarse de la política y de la moral. Por esta vía Luhmann se ve devuelto a la cuestión de Max Weber de la racionalidad del derecho, cuestión que Luhmann creía haber dejado ya tras de sí. Pues para definir, por lo menos analíticamente, la autonomía del sistema jurídico, Luhmann tiene que señalar el principio estructurador que, por ejemplo, distingue específicamente el derecho del poder o del dinero. Luhmann necesita un equivalente de la racionalidad inmanente a la forma jurídica. Primero, con Weber y Forsthoff había considerado la forma de las leyes abstractas y generales, es decir, los programas jurídicos condicionales, como elemento constitutivo del derecho en general. Pero mientras tanto tampoco Luhmann puede dejar ya de lado como simples desviaciones el derecho material y el derecho reflexivo. De ahí que Luhmann haya introducido una tajante distinción entre el código jurídico o código con que opera el derecho y los programas jurídicos, de suerte que la autonomía del siste-

46. N. Luhmann, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1981, pp. 388 ss.

ma jurídico sólo dependería del mantenimiento de un código jurídico diferenciado. Pero acerca de este código sólo se nos dice que permite la distinción binaria entre derecho y no-derecho entre el «justo» y el «injusto» jurídicos. Pero de esta forma tautológica no pueden obtenerse determinaciones formales más detalladas. No es casual que Luhmann llene el espacio en que habría de explicarse la unidad del código, con un signo de interrogación[47]. En ello yo veo algo distinto que sólo el *desideratum* de una explicación conceptual de la que, por el momento, no se dispone.

Pues Luhmann ya no puede entender *como* racionalidad las determinaciones formales de ese derecho que se ha vuelto autónomo, una vez que sólo concede ya a las argumentaciones jurídicas el papel de una autoilusión funcionalmente necesaria, suscitada mediante el aparato fabricado por la dogmática jurídica. Es incluso una condición necesaria de la autonomía del sistema jurídico el que estas argumentaciones permanezcan referidas a los casos particulares y concretos; pues no deben autonomizarse en términos de filosofía del derecho convirtiéndose en una tematización de los inevitablemente paradójicos fundamentos de validez del derecho positivo. Pues las argumentaciones jurídicas sólo pueden resultar funcionales mientras mantengan esa paradoja lejos de la conciencia del «uso oficial del derecho». Esas argumentaciones no deben dar paso a reflexiones sobre fundamentos. El código no debe ser analizado *simultáneamente* desde dentro y desde fuera; tiene que permanecer aproblemático. Pero a lo que en realidad estamos asistiendo es precisamente a lo contrario. El debate sobre juridificación muestra que la desformalización del derecho provoca discusiones que acaban en una crítica del derecho, suscitando una problematización del derecho mismo, que se extiende a todo el espectro de cuestiones posibles sobre él.

(3) También en Estado Unidos, con el movimiento de los *Critical Legal Studies*, ha irrumpido desde el centro de la dogmática jurídica misma una discusión que pone bajo la lupa la comprensión formalista del derecho y la desmonta sin misericordia[48]. La crítica, desarrollada aquí en términos de casuística, queda resumida en la tesis de la indeterminación del derecho. Esa tesis no dice que el resultado de los procesos judiciales sea sin más indeterminado. Todo práctico experimentado es capaz de hacer pronósticos con una alta probabilidad de acierto. Indeterminado es el resultado de los procesos judiciales sólo en el sentido de que no puede predecirse en virtud de supuestos jurídicos unívocos. No es el texto de la ley el que determina la sentencia. Antes en el ámbito de decisión del juez, a éste le vienen adelantados y sugeridos los argumentos; a través de supuestos básicos de fondo, sobre los que no se reflexiona, y de prejuicios sociales que se condensan en ideologías profesionales, se imponen más bien como buenas razones intereses no confesados.

47. N. Luhmann, *Ökologische Kommunikation*, Opladen, 1986, pp. 95 ss.

48. R. W. Gorden, «Critical Legal Histories»: *Stanford Law Review* (1984), pp. 57 ss.; R. M. Unger, *Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass., 1986.

Este tipo de crítica, habida cuenta de las ásperas reacciones que provoca, para lo que parece hecha es para conmover la conciencia normativa de los juristas. Pero contra el análisis sistémico de Luhmann y también contra la autocomprensión del movimiento de los Critical Legal Studies hay que insistir en que esta clase de autorreflexión «disfuncional» del sistema jurídico sólo puede desarrollarse desde el interior de la propia práctica de la argumentación jurídica precisamente porque ésta trabaja con suposiciones de racionalidad a las que se puede tomar la palabra y volverlas contra las propias prácticas vigentes. Manifiestamente, junto con las cargas argumentativas u obligaciones argumentativas que los procedimientos distribuyen queda institucionalizado también un aguijón autocrítico que es capaz también de horadar y romper ese autoengaño o esa autoilusión que Luhmann eleva falsamente a necesidad sistémica.

Ciertamente, la amplia bibliografía acerca de la indeterminación de la práctica de las decisiones de los tribunales[49] contradice a esa sabiduría convencional a la que, por ejemplo, apela M. Kriele contra la lectura funcionalista que Luhmann hace de la argumentación jurídica: «Luhmann parece desconocer la razón fundamental de la función legitimante de los procedimientos: ...esos procedimientos aumentan la probabilidad de que se hagan valer todos los puntos de vista relevantes y de que se discuta detalladamente el orden de prioridades temporales y objetivas que se establecen; y acrecientan, por tanto, la oportunidad de que la decisión venga justificada racionalmente. La institucionalización duradera de procedimientos aumenta la probabilidad de que las decisiones del poder estatal estuviesen también justificadas en el pasado y de que lo estén en el futuro...»[50]. Pero esta sabiduría es también convencional en un sentido distinto; expresa las suposiciones de racionalidad que, en tanto que presuposiciones contrafácticas, sólo pueden ser eficaces en la medida en que actúen de estándares a los que pueda apelar la crítica y la autocrítica de los participantes. Estas suposiciones de racionalidad perderían su significado operativo en el instante en que fuesen suprimidas como criterios[51].

Contra la teoría de Luhmann habla no solamente el hecho de ese tipo de crítica que desde la aparición de las escuelas realistas se viene

49. A. Altman, «Legal Realism, Critical Legal Studies, and Dworkin»: *Philosophical and Public Affairs* 15 (1986), pp. 205 ss.

50. M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Opladen, 1981, pp. 38 s.

51. F. I. Michelman, «Justification (and Justifiability) of Law»: *Nomos*, t. XVIII (1986).

ejerciendo una y otra vez. También los resultados de esa crítica muestran que eso de la autonomía del derecho no las tiene todas consigo. Pues la autonomía del sistema jurídico no puede quedar sólo garantizada porque todos los argumentos de procedencia extrajurídica queden conectados con los textos legales y revestidos del lenguaje del derecho positivo. Esto es exactamente lo que afirma Luhmann: «El sistema jurídico cobra su clausura o completud operativa porque tiene como código la diferencia entre "justo" e "injusto" jurídicos y ningún otro sistema opera con este código. Mediante este código bivalente ("justo"/"injusto") se genera la seguridad de que, cuando se está en lo "justo" se está en lo "justo" y no en lo "injusto"»[52]. La crítica inmanente a las concepciones del positivismo jurídico, tal como esa crítica se ha venido haciendo desde Fuller hasta Dworkin contra Austin, Kelsen y Hart, permite ver que la aplicación del derecho, y ello de forma cada vez más explícita, no tiene más remedio que recurrir a consideraciones concernientes a objetivos políticos, así como a fundamentaciones morales y a la ponderación de principios. Pero esto, en conceptos de Luhmann, significa que en el código con que opera el derecho penetran contenidos provenientes de los códigos con que opera la moral y con que opera el poder; por tanto, el sistema jurídico no es un sistema «cerrado».

Además, la autorreferencialidad lingüística del sistema jurídico, asegurada por el código con que opera el derecho, no puede excluir que se impongan estructuras latentes de poder, sea a través de los programas jurídicos que el legislador político dicta, sea en forma de argumentos que los jueces dan de antemano por obvios, a través de los cuales penetran en la administración de justicia intereses jurídicamente espurios.

Manifiestamente, el concepto de autonomía sistémica, aun en caso de que tenga una referencia empírica, no atina con la intuición normativa que vinculamos con la idea de «autonomía del derecho». La práctica de las decisiones judiciales sólo la consideramos independiente en la medida en que, *primero*, los programas jurídicos del legislador no vulneren el núcleo moral del formalismo jurídico; y en la medida en que, *segundo*, las consideraciones de tipo político y de tipo moral que inevitablemente penetran en la administración de justicia estén fundamentadas y no se impongan simplemente como racionalización de intereses jurídicamente espurios. Max Weber tenía ya razón: sólo la cuidadosa preocupación por la racionalidad inmanente al derecho mismo puede asegurar la independencia del sistema jurídico. Pero porque el derecho guarda una relación interna con la política, por un lado, y con la moral, por otro, la racionalidad del derecho no puede ser sólo asunto del derecho.

52. N. Luhmann, *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1986, p. 26.

II. RAZÓN Y POSITIVIDAD: SOBRE EL ENTRELAZAMIENTO DE DERECHO, POLÍTICA Y MORAL

(1) Si queremos entender por qué la diferenciación del derecho de ningún modo disuelve por completo el interno entrelazamiento de éste con la política y con la moral, lo más adecuado es echar una mirada retrospectiva sobre el nacimiento del derecho positivo. Este proceso abarca en Europa desde fines de la Edad Media hasta las grandes codificaciones del siglo XVIII. También en los países de la *Common Law* el derecho consuetudinario queda recubierto y rearticulado por el derecho romano mediante el influjo ejercido por juristas de formación académica; en ese proceso el derecho va quedando sucesivamente adaptado a las condiciones de tráfico de la economía capitalista emergente y a la dominación burocratizada de los Estados territoriales que entonces nacen. Este complicado proceso, rico en variantes y difícil de abarcar, me limitaré aquí a focalizarlo hacia un punto que reviste especial importancia en el contexto de nuestras consideraciones relativas a filosofía del derecho. Pues lo que la positivación del derecho filosóficamente significa puede entenderse mejor sobre el trasfondo de la estructura trimembre del sistema jurídico medieval, que entonces se derrumba.

Desde una cierta distancia cabe reconocer en nuestras propias tradiciones jurídicas correspondencias con aquellos tres elementos que, según los planteamientos de sociología jurídica comparada, habrían conformado la cultura jurídica de los imperios antiguos[53]. El sistema jurídico queda situado en esas culturas premodernas bajo la cúpula de un derecho sacro que se encargan de administrar e interpretar especialistas en teología y en derecho. La pieza nuclear de ese sistema jurídico la constituye el derecho burocrático, «puesto» por el rey o emperador (quien es al mismo tiempo juez supremo) en concordancia con esas tradiciones de derecho sacro, es decir, en concordancia con las tradiciones jurídicas santificadas. Y ambos tipos de derecho se encargan de envolver, organizar y dar forma a un derecho consuetudinario, por lo general no escrito, que en última instancia proviene de las tradiciones jurídicas de cada etnia. En el medievo europeo las cosas fueron algo distintas, por cuanto que el derecho canónico de la Iglesia católica supuso el mantenimiento ininterrumpido de la alta técnica jurídica y conceptual del derecho romano *clásico*, mientras que el derecho burocrático que representaban los edictos y capitulares imperiales, incluso antes del redescubrimiento del *corpus justinianum*, conectaba al menos con la idea romana de *imperium*. Incluso el derecho consuetudinario se debía a la cultura jurídica mixta romano-germánica de las provincias occi-

53. R. Unger, *Law and Society*, New York, 1976.

dentales del imperio y desde el siglo XII fue objeto de transmisión escrita. Pero en los rasgos esenciales se repite la estructura que nos es conocida por todas las culturas superiores o civilizaciones: la ramificación en derecho sacro y derecho profano, quedando el derecho sacro integrado en el orden del cosmos o en una historia de salvación, desde la perspectiva de una de las grandes religiones universales. Este derecho divino o «natural» no está a disposición del príncipe, sino que representa más bien el marco legitimador dentro del cual el príncipe, mediante sus funciones de administración de justicia y de «posición» (producción) burocrática del derecho, ejerce su dominación profana. En este contexto, Max Weber habla del «doble reino de la dominación tradicional»[54].

También en el medievo se conserva este carácter tradicional del derecho. Todo derecho debe su modo de validez al origen divino del derecho «natural» interpretado en términos cristianos. No puede crearse nuevo derecho si no es en nombre de la reforma o restauración del buen derecho antiguo. Pero esta comprensión tradicional del derecho contiene ya una interesante tensión que se da entre los dos momentos del derecho del príncipe. Como juez supremo, el príncipe está sometido al derecho sacro. Pues sólo así puede transmitirse la legitimidad de ese derecho al poder profano. De este respeto transido de *pietas* hacia un orden jurídico intangible recibe su legitimación el ejercicio del poder político. Pero al mismo tiempo, el príncipe, que está situado en la cúspide de una administración organizada conforme a una jerarquía de cargos, hace también uso del derecho como un medio que otorga a sus mandatos (por ejemplo, en forma de edictos y decretos) un carácter vinculante para todos. Por este lado, el derecho, como medio del ejercicio de poder burocrático, sólo puede cumplir, empero, funciones de orden mientras mantenga, por el otro, en forma de tradiciones jurídicas sacras, su carácter no instrumental, ese carácter que lo pone por encima del príncipe y que éste ha de respetar cuando administra justicia. Entre estos dos momentos, el del carácter no instrumental del derecho presupuesto en la regulación judicial de los conflictos, y el carácter instrumental del derecho puesto al servicio del ejercicio de la dominación, se da una tensión irresoluble. Esa tensión permanece oculta mientras no se ataquen los fundamentos sacros del derecho y el pedestal que representa el derecho consuetudinario consagrado por la tradición se mantenga firmemente anclado en la práctica cotidiana[55].

(2) Pues bien, si se parte de que en las sociedades modernas cada vez pueden cumplirse menos estas dos condiciones, puede uno explicarse la positivación del derecho como una reacción a tales cambios. A medida que las imágenes religiosas del mundo se disuelven en convicciones últimas de tipo subjetivo y privado y las tradiciones de derecho consuetudinario quedan absorbidas por el derecho de especialistas, que hacen un *usus modernus* de él, queda rota la estructura trimembre del sistema jurídico. El derecho se reduce a una sola dimensión y sólo ocupa ya el lugar que hasta entonces había ocupado el derecho del príncipe. El poder político del príncipe se emancipa de la vinculación al derecho sacro y se torna soberano. A él le compete la tarea de llenar por su propia fuerza mediante una producción política de normas el vacío que deja tras de sí ese derecho natural administrado por teólogos. Finalmente todo derecho habrá de tener su fuente en la voluntad soberana del legislador político. Producción, ejecución y aplicación de las leyes se convierten en tres momentos dentro de un proceso circular único, regulado y controlado políticamente; y lo siguen siendo, aun después de diferenciarse institucionalmente y constituirse en poderes del Estado.

Con ello cambia la relación que guardaban entre sí aquellos dos momentos que eran el carácter sacro del derecho, por un lado, y la instrumentalidad del derecho, por otro. Cuando se han diferenciado suficientemente los papeles, y en ello radica el significado de la división de poderes, las leyes anteceden a la administración de justicia; pero, ¿puede un derecho político, que es susceptible de cambiarse a voluntad, irradiar todavía ese tipo de autoridad que irradiaba antaño el derecho sacro?, ¿conserva todavía el derecho positivo un carácter obligatorio, es decir, el carácter de un «deber-ser», cuando ya no puede recibir su autoridad de un derecho previo y superior, como sucedía antaño con el derecho del príncipe en el sistema jurídico tradicional? A estas preguntas el positivismo jurídico ha dado siempre respuestas insatisfactorias[56]. En una variante del positivismo jurídico, el derecho en general queda despojado de su carácter normativo y queda definido exclusivamente en términos instrumentales: el derecho se considera exclusivamente como mandato de un soberano (Austin). Desaparece así el momento de no-instrumentalidad o de no-instrumentalizabilidad como un residuo metafísico. La otra variante del positivismo jurídico se atiene a la premisa de que el derecho sólo puede cumplir su función nuclear de regulación judicial de los conflictos mientras las leyes que se aplican sigan conservando un momento de aquella incondicionalidad que tenían antaño, es decir, sigan poseyendo normatividad en el sentido de una validez deontológica, no susceptible de quedar reducida a una interpretación imperativista. Pero ese momento sólo puede radicar ya en la propia forma del derecho positivo, no en contenidos recibidos del derecho natural

54. Cf. sobre ello W. Schluchter, *Okzidentaler Rationalismus*, Tübingen, 1979.
55. H. Schlosser, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg, 1982.

56. N. Hoerster (ed.), *Recht und Moral*, Göttingen, 1972.

(Kelsen). Desde este punto de vista, el sistema jurídico, separado de la política y de la moral, con la administración de justicia como núcleo institucional, es el único lugar que queda, en donde el derecho puede por su propia fuerza mantener su forma y con ella su autonomía. (Ya conocemos esta tesis en la versión que le da Luhmann.) En ambos casos el resultado es que de la garantía metasocial de validez jurídica que antaño había representado el derecho sacro, puede prescindirse sin necesidad de buscar sustituto.

Pero los orígenes históricos, así del derecho tradicional como del derecho moderno, hablan en contra de esta tesis. Como sabemos por la Antropología, el derecho antecede al nacimiento de la dominación políticamente organizada, es decir, de la dominación estatalmente organizada, mientras que el derecho sancionado estatalmente y el poder estatal organizado jurídicamente surgen simultáneamente en forma de dominación política[57]. Según todas las apariencias, es la evolución arcaica del derecho la que empieza posibilitando el surgimiento de un poder político, en el que el poder estatal y el derecho estatal se constituyen recíprocamente. Habida cuenta de esta constelación, es difícil imaginar que alguna vez el derecho pudiera ser absorbido totalmente por la política o quedar escindido por completo del sistema político. Además, puede mostrarse que determinadas estructuras de la conciencia moral desempeñaron un papel importante en la aparición de la simbiosis entre derecho y poder estatal. Un papel similar es el que desempeña la conciencia moral en la transición desde el derecho tradicional al derecho positivo de carácter enteramente profano, es decir, al derecho positivo asegurado por el monopolio estatal del poder y puesto a disposición del legislador político. Ese momento de incondicionalidad, que incluso en el derecho moderno constituye un contrapeso a la instrumentalización política del medio que es el derecho, se debe al entrelazamiento y simbiosis de la política y del derecho con la moral.

(3) Esta constelación se establece por primera vez en las primeras grandes culturas con la simbiosis entre derecho y poder estatal. En las sociedades tribales neolíticas operan típicamente tres mecanismos de regulación de los conflictos internos: las prácticas de autoauxilio (alianzas y venganzas de sangre), la apelación ritual a poderes mágicos (oráculos y duelos rituales) y la mediación arbitral como equivalente pacífico de la violencia y la magia[58]. Pero tales mediadores carecen todavía de facultades para decidir de forma vinculante y autoritativa las disputas de las partes o para imponer sus decisiones incluso contra las lealtades dictadas por el sistema de parentesco.

57. U. Wesel, *Frühformen des Rechts*, Frankfurt a. M., 1985.
58. *Ibid.*, pp. 329 ss.

Junto con esta característica de coercibilidad, se echan también en falta los tribunales de justicia y los procesos y procedimientos judiciales. Además, el derecho permanece todavía estrechamente hermanado con la costumbre y las representaciones religiosas, de suerte que apenas puede distinguirse entre fenómenos genuinamente jurídicos y otros fenómenos. La concepción de la justicia subyacente en todas las formas de regulación de los conflictos está entretejida con la interpretación mítica del mundo. La venganza, la represalia, la compensación y la indemnización sirven al restablecimiento de un orden perturbado. Este orden, construido de simetrías y reciprocidades, se extiende por igual, así a las personas particulares y a los grupos de parentesco, como a la naturaleza y a la sociedad en conjunto. La gravedad de un delito se mide por las consecuencias del hecho, no por las intenciones del agente. Una sanción tiene el sentido de una compensación del daño causado, de un restablecimiento del *statu quo ante*, no el sentido de un castigo infligido a un malhechor que se ha hecho culpable de la vulneración de una norma.

Estas ideas concretistas de justicia no permiten todavía una separación entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho. En los procedimientos jurídicos arcaicos confluyen juicios normativos, ponderación inteligente de intereses y afirmaciones concernientes a hechos. Faltan conceptos como el de imputabilidad y el de culpa; no se distingue entre el propósito, intención o designio, y el comportamiento descuidado. Lo que cuenta es el perjuicio objetivamente causado. No hay separación entre el derecho privado y el derecho penal; todas las transgresiones jurídicas son en cierto modo delitos que exigen indemnizaciones. Tales distinciones sólo resultan posibles cuando surge un nuevo concepto que revoluciona el mundo de representaciones morales. Me refiero al concepto de norma jurídica, independiente de la situación, que queda por encima tanto de las partes litigantes como del juez imparcial, es decir, de una norma jurídica previa y que se considera vinculante para todos. En torno a este núcleo cristaliza lo que L. Kohlberg llama conciencia moral «convencional». Sin tal concepción de la norma y sin tal concepto de norma, el juez arbitral sólo puede tratar de convencer a las partes de que lleguen a un compromiso. Para ello puede hacer valer como *influencia* el prestigio personal que debe a su *status*, a su riqueza o a su edad, pero le falta todavía *poder político*; no puede apelar todavía a la autoridad de una ley que de forma impersonal obligue a todos, ni a la conciencia moral de los implicados[59].

Propongo el siguiente experimento mental: supongamos que antes de haber surgido algo así como una autoridad estatal, se desarrollan ideas jurídicas y morales «convencionales» (en el sentido de

59. L. Pospocil, *Anthropologie des Rechts*, München, 1982.

L. Kohlberg). Entonces un jefe, a la hora (por ejemplo) de resolver un conflicto, puede apoyarse ya en el carácter vinculante de normas jurídicas reconocidas; pero al carácter moralmente vinculante de su juicio no puede añadir todavía el carácter fácticamente coercitivo de un potencial de sanción estatal. Y, sin embargo, su papel de jefe, que hasta ese momento descansaba sobre su influencia y prestigio fácticos, debió sufrir un cambio importante al introducirse en la actividad judicial el concepto de norma moralmente obligatoria. Tal jefe, en tanto que protector de normas intersubjetivamente reconocidas, participa, en primer lugar, del aura del derecho que él administra. La autoridad normativa del derecho se transferiría de la competencia del juez al poder de mando del jefe, poder de mando ligado a la competencia del juez por vía de identidad personal. El poder fáctico del influyente se transformaría entonces gradualmente, y casi sin notarse, en el poder dotado de autoridad normativa de alguien que puede dar órdenes y tomar decisiones colectivamente vinculantes. Pero a consecuencia de ello transformaríase también, en segundo lugar, la cualidad de las decisiones judiciales. Tras las normas jurídicas moralmente obligatorias, no estaría ya sólo la presión que en la vida cotidiana de una tribu se ejerce sobre los individuos para que éstos se conformen a las normas, o el poder fáctico de una persona prominente, sino la sanción con que amenaza un príncipe dotado de poder político legítimo. Habría surgido así el modo de validez ambivalente que caracteriza al derecho estatal, un modo de validez en que se funden reconocimiento y coerción. Pero con ello, y en tercer lugar, el príncipe se habría hecho con un medio con cuya ayuda puede crear una organización de cargos y ejercer burocráticamente su dominación. Como medio de organización el derecho recibe entonces, junto a su aspecto de incondicionalidad de derecho objetivo, también un aspecto instrumental.

Aun cuando estas consideraciones tienen también un contenido empírico[60], lo que ante todo me importa es la aclaración de relaciones conceptuales. Sólo en las imágenes del mundo que se vuelven más complejas se forma una conciencia moral de nivel convencional (siempre en el sentido de L. Kohlberg); sólo una conciencia de, y ligada a, normas ancladas en la tradición y moralmente obligatorias introduce un cambio en la administración de justicia y hace posible la transformación del poder fáctico en un poder normativo; y sólo cuando se dispone de poder legítimo cabe imponer políticamente normas jurídicas; sólo el derecho coercitivo puede utilizarse para la organización del poder estatal. Si se analiza en detalle este entrelazamiento de moral inserta en una imagen religiosa del mundo, poder jurídicamente legitimado y administración estatal organizada en forma jurídica, resulta clara la insostenibilidad de los dos conceptos positivistas de derecho a los que me he referido anteriormente.

60. K. Eder, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1976; J. Habermas, *La reconstrucción del materialismo histórico*, Madrid, [5]1992.

(4) La reducción de las normas jurídicas a mandatos de un legislador político implica que el derecho se disuelve, por así decir, en política. Pero con ello se descompone el concepto mismo de lo político. En todo caso, bajo esta premisa la dominación política ya no puede entenderse como poder legitimado jurídicamente; pues un derecho que queda a completa disposición del sistema político pierde su fuerza legitimadora. En cuanto la legitimación se entiende como operación propia del sistema político, como algo que el *propio* sistema político se encarga de producir y operar, estamos abandonando *nuestros* conceptos de derecho y política. La misma consecuencia se sigue de la otra idea, a saber, de que el derecho positivo podría mantener su autonomía por sus propias fuerzas, es decir, mediante las continuas aportaciones que la dogmática jurídica se encargaría de hacer a un sistema judicial fiel a la ley y autonomizado frente a la política y frente a la moral. En cuanto la validez jurídica quedase privada de toda referencia moral a los aspectos de justicia, en cuanto quedase privada de toda referencia moral que transcendiese la pura decisión del legislador, el derecho acabaría perdiendo su propia identidad. Pues entonces faltarían los puntos de vista legitimadores, desde los que el sistema jurídico pudiera ser obligado a conservar una determinada estructura del *medio* que representa el derecho.

Si damos por sentado que las sociedades modernas no pueden renunciar al derecho (ni con el pseudónimo de «derecho» pueden sustituirlo por otro equivalente funcional, es decir, por una práctica de *tipo completamente distinto*) la positivación del derecho plantea un problema, incluso ya por razones conceptuales. Pues al derecho sacro desencantado —y a un derecho consuetudinario vaciado, que ha perdido su sustancia— hay que buscarle un equivalente que permita al derecho positivo mantener *un momento de incondicionalidad*. Y en efecto, tal equivalente empezó presentándose en el mundo moderno en forma de «Derecho natural racional», el cual no sólo fue importante para la filosofía del derecho, sino que, en lo que a aspectos de dogmática jurídica se refiere, tuvo una importancia directa para las grandes codificaciones y para el desarrollo del derecho por parte de los jueces[61]. Pero en nuestro contexto quisiera llamar la atención sobre dos puntos: (*a*) En el derecho natural racional se articula una etapa nueva, postradicional, de la conciencia moral, en la que el derecho se hace depender de principios y queda asentado sobre el

61. F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, pp. 249 ss.

terreno de una racionalidad procedimental. (*b*) Unas veces fue la positivación del derecho como tal y otras la necesidad de fundamentación nacida de esa positivación lo que quedó en primer plano como fenómeno necesitado de explicación; correspondientemente, las teorías del «contrato social» se desarrollaron en dos direcciones opuestas. Pero en ninguno de los dos casos lograron establecer una relación plausible entre los momentos de incondicionalidad e instrumentalidad, que caracterizan al derecho.

ad (*a*) El derecho natural reacciona al hundimiento del derecho natural basado en la religión y en la metafísica y a la «desmoralización» de una política interpretada crecientemente en términos naturalistas y guiada principalmente por intereses de autoafirmación. En cuanto el Estado monopolizador de la violencia, logra, en su papel de legislador soberano, convertirse en fuente exclusiva del derecho, este derecho rebajado a medio de organización corre el riesgo de perder toda relación con la justicia y con ello su genuino carácter de derecho. Con la positividad de un derecho que se vuelve dependiente del soberano estatal, no desaparece la problemática de la fundamentación, sino que no hace más que desplazarse hacia la base ahora mucho más estrecha que representa una ética profana, de tipo postmetafísico, y desligada de las imágenes religiosas del mundo. La figura fundamental del derecho privado burgués es el contrato. La autonomía de contrato o autonomía contractual capacita a las personas jurídicas privadas para generar derechos subjetivos. Pues bien, en la idea de contrato social, esa figura de pensamiento es objeto de una interesante interpretación, destinada a justificar moralmente el poder ejercido en forma de derecho positivo, es decir, destinada a justificar moralmente la «dominación legal racional» (en el sentido de Weber). Un contrato que cada individuo autónomo concluye con todos los demás individuos autónomos sólo puede tener por contenido algo que todos puedan racionalmente querer por ser de interés de todos y de cada uno. Por esta vía sólo resultan aceptables aquellas regulaciones que puedan contar con el asentimiento no forzado de todos. Esta idea básica delata que la razón del derecho natural moderno es esencialmente razón práctica, la razón de una moral autónoma. Ésta exige que distingamos entre normas, principios justificatorios y procedimientos conforme a los cuales podamos examinar si las normas, a la luz de principios válidos, pueden contar con el asentimiento de todos. Como con la idea de contrato social se pone en juego un procedimiento de ese tipo para la fundamentación de las formas de dominación política organizadas jurídicamente, el derecho positivo queda sometido a principios morales. Desde la perspectiva de una lógica evolutiva (en el sentido de J. Piaget) viene a quedar confirmada la hipótesis de que en el tránsito a la modernidad es de nuevo un

cambio de la conciencia moral el que marca la pauta de la evolución del derecho.

ad (*b*) El derecho natural racional aparece en versiones distintas. Autores como Hobbes se sienten más bien fascinados por el fenómeno de que el derecho puede cambiarse a voluntad. Autores como Kant se sienten fascinados por el déficit de fundamentación de ese nuevo derecho que se ha vuelto positivo. Como es sabido, Hobbes desarrolla su teoría bajo premisas que despojan, así al derecho positivo, como al poder político, de todas sus connotaciones morales; el derecho establecido por el soberano ha de arreglárselas sin un equivalente racional del derecho sacro desencantado. Pero, naturalmente, al desarrollar una teoría que no hace sino ofrecer a sus destinatarios un equivalente racional de aquel derecho sacro, Hobbes se ve envuelto en una contradicción realizativa (en el sentido que da a esta expresión K.-O. Apel). El contenido manifiesto de su teoría, la cual explica cómo el derecho totalmente positivado funciona de forma ajena a toda moral, cae en contradicción con el papel pragmático de la teoría misma, que trata de explicar a sus lectores por qué podrían tener buenas razones como ciudadanos libres e iguales para decidir someterse a un poder estatal absoluto.

Kant hace después explícitos los supuestos normativos que la teoría de Hobbes lleva implícitos y desarrolla desde el principio su teoría del derecho en el marco de una teoría moral. El principio general del derecho, que objetivamente subyace en toda legislación, resulta para Kant del imperativo categórico. De este principio supremo de la legislación se sigue a su vez el derecho subjetivo original de cada uno a exigir de todos los demás miembros del sistema jurídico el respeto a su libertad en la medida en que esa libertad sea compatible con la igual libertad de todos conforme a leyes generales. Mientras que para Hobbes el derecho positivo es, en última instancia, un medio de organización del poder político, para Kant cobra un carácter esencialmente moral. Pero tampoco en estas versiones más maduras logra el derecho natural racional resolver la tarea que él mismo se propone de explicar racionalmente las condiciones de legitimidad de la dominación legal. Hobbes sacrifica la incondicionalidad del derecho a su positividad. En Kant el derecho natural o moral, deducido *a priori* de la razón práctica, cobra tal predominio que el derecho amenaza con disolverse en moral: el derecho queda rebajado a un modo deficiente de moral.

Kant inserta de tal suerte el momento de incondicionalidad en los fundamentos morales del derecho, que el derecho positivo queda subsumido bajo el derecho natural racional. En este derecho, integralmente prejuzgado por el derecho natural racional, no queda espacio alguno para el aspecto instrumental de un derecho del que el

legislador político ha de servirse en las tareas de dirección y planificación que le competen. Tras hundirse el baldaquino del derecho natural cristiano, quedaron como ruinas las columnas que eran una política interpretada en términos naturalistas, por un lado, y un derecho sustentado por el poder de decisión política, por otro. Kant reconstruyó el edificio destruido procediendo a una simple sustitución: el derecho natural racional, fundamentado ahora en términos de autonomía, fue el encargado de ocupar el puesto vacante que había dejado el derecho natural de tipo religioso y metafísico. Con ello, en comparación con la estructura trimembre del derecho tradicional, cambia, ciertamente, la función mediadora de la administración de justicia, que había transmitido la legitimación sacra al príncipe y a su dominación burocrática; ahora la administración de justicia queda por debajo del legislador político y se limita a administrar los programas de éste. Pero ahora los poderes del Estado, en sí diferenciados, quedan bajo la sombra de una *res publica noumenon* deducida de la razón, que debe encontrar en la *res publica phaenomenon* una reproducción lo más fiel posible. La positivación del derecho, en tanto que realización de principios del derecho natural racional, queda sometida a los imperativos de la razón.

Pero si la política y el derecho pasan a desempeñar el papel subordinado de órganos ejecutores de las leyes de la razón práctica, la política pierde su competencia legisladora y el derecho su positividad. De ahí que Kant tenga que recurrir a las premisas metafísicas de su doctrina de los «dos reinos» para distinguir entre sí, de forma altamente contradictoria, legalidad y moralidad[62].

III. LA SUSTITUCIÓN DEL DERECHO NATURAL POR LA IDEA DE ESTADO DE DERECHO

(1) El derecho natural racional clásico no sólo se abandonó por razones filosóficas; la situación que ese derecho trataba de interpretar se hizo tan compleja que le resultó inabarcable. Muy pronto quedó claro que la dinámica de una sociedad integrada a través de mercados ya no podía quedar apresada en los conceptos normativos del derecho, ni mucho menos podía *detenérsela* en el marco de un sistema jurídico proyectado *a priori*. Toda tentativa de deducir de principios supremos, de una vez por todas, los fundamentos del derecho privado y del derecho público, tenía que fracasar ante la complejidad de la sociedad y de la historia. Las teorías del contrato social —y no solamente las idealistas entre ellas— estaban planteadas en términos demasiado abstractos. No habían reflexionado sobre los supuestos

62. W. Kersting, *Wohlgeordnete Freiheit*, Berlin, 1984, pp. 16 ss.

sociales de su «individualismo posesivo». No se habían confesado a sí mismas que las instituciones básicas del derecho privado que son la propiedad y el contrato, así como los derechos subjetivo-públicos de protección frente al Estado burocrático, sólo podían prometer la realización de la justicia en el contexto de una economía de pequeños propietarios. Pero a la vez, las teorías del contrato social —y no solamente las que procedían en términos aprióricos— estaban planteadas en términos demasiado concretistas. No se habían dado cuenta de, ni sometido a examen, la alta movilidad de la vida social y habían subestimado la presión adaptativa que el crecimiento capitalista y, en general, la modernización social ejercen.

En Alemania el contenido moral del derecho natural racional kantiano quedó escindido y desdoblado en el contexto de la propia teoría del derecho, sometiéndoselo primero a desarrollo por las dos vías paralelas que representan la dogmática del derecho privado, por un lado, y la idea de Estado de derecho, por otro, para quedar después vaciado en términos positivistas en el curso del siglo XIX. Desde el punto de vista del pandectismo, el derecho se agotaba en lo esencial en el Código Civil administrado por juristas. Era aquí, en el sistema del derecho privado mismo, y no por parte de un legislador democrático, en donde habrían de quedar asegurados los contenidos morales del derecho[63]. F. C. von Savigny, que construyó la totalidad del derecho privado como un edificio de derechos subjetivos opinaba, siguiendo a Kant, que la forma del derecho subjetivo es en sí misma moral. Derechos subjetivos universales delimitan ámbitos de autonomía privada y garantizan la libertad individual por vía de conferir facultades individuales de acción. La moralidad del derecho consiste en que «a la voluntad se le señala un ámbito en el que puede ejercitar su dominio con independencia de toda voluntad extraña»[64]. Pero en el curso de la evolución fáctica del derecho quedó enseguida claro que los derechos subjetivos son algo secundario frente al derecho objetivo y que ni siquiera son capaces de ofrecer una base conceptual sobre la que reconstruir el sistema del derecho privado en conjunto. El concepto de derecho subjetivo fue objeto entonces de una reinterpretación positivista, quedando purificado de todas sus asociaciones normativas. Según la definición de B. Windscheid los derechos subjetivos no tienen ya otro papel que traducir los mandatos del orden jurídico objetivo a potestades o facultades de los sujetos jurídicos individuales.

Una evolución paralela puede proyectarse para el caso de la idea de Estado de derecho, que Kant, notémoslo bien, sólo había intro-

63. H. Coing, «Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert», en J. Blühdorn y J. Ritter (eds.), *Recht und Ethik*, Frankfurt a. M., 1970, pp. 11 ss.
64. F. C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts* I, Berlin, 1840, p. 333.

ducido bajo reservas hipotéticas. Los teóricos alemanes del siglo XIX estaban interesados ante todo en domesticar en términos constitucionales el poder administrativo de los monarcas. Mohl y Welcker todavía defienden en el *Vormärz* que las leyes abstractas y generales son el medio apropiado para fomentar por igual en todos los ciudadanos «el desarrollo más multilateral posible y racional de la totalidad de sus fuerzas y facultades espirituales y corporales»[65]. Pero tras la fundación del *Reich*, Gerber y Laband desarrollan ya la teoría de la ley como mandato de un legislador soberano, de una instancia legisladora no ligada en lo que a contenidos se refiere. Es a este concepto positivista de ley al que, finalmente, los constitucionalistas progresistas de la República de Weimar, tales como Hermann Heller, recurren al referirse al legislador parlamentario: «En el Estado de derecho se llaman leyes sólo las normas jurídicas dictadas por la asamblea legislativa y todas las normas jurídicas dictadas por la asamblea legislativa»[66].

Me he detenido a recordar este desarrollo, que no es un desarrollo del que pueda decirse que sea típicamente alemán, porque en él la erosión que experimenta ese concepto de ley moralizado en términos de derecho natural racional, puede explicarse desde la doble perspectiva del especialista en dogmática jurídica y del juez, por un lado, y del legislador, gradualmente parlamentarizado, por otro. En los países anglosajones, en los que la idea de Estado de derecho, en su forma de *rule of law*, fue objeto de un desarrollo que desde el principio estuvo en consonancia con los desarrollos democráticos, el proceso judicial equitativo (*fair and due process*) fue el modelo de interpretación unitaria que se aplicó, así a la producción legislativa, como a la administración de justicia. En Alemania, la destrucción positivista del derecho natural racional se efectuó por dos vías separadas. Ciertamente, tanto en la dogmática del derecho privado como en la teoría del derecho constitucional queda desmentida la construcción de Kant, conforme a la cual política y derecho quedaban sometidos a los imperativos morales del derecho natural racional; pero ello ocurre por una doble vía, a saber: desde el punto de vista de la administraciónn de justicia, por un lado, y desde el punto de vista del legislador político, por otro. De ahí que aquellos que, tras el hundimiento de la construcción que representó el derecho natural racional kantiano, les resultaba menos convincente aún ese positivismo jurídico puro y duro, *el mismo* problema se les presentara de forma distinta por cada uno de esos dos lados. Al problema se le

65. Citado por I. Maus, «Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaates», en M. Tohidipur (ed.), *Der bürgerliche Rechtsstaat* I, Frankfurt a. M., 1978, pp. 13 ss.

66. H. Heller, *Gesammelte Schriften* II, Leiden, 1971, p. 226.

puede dar en términos generales la siguiente versión. Por un lado, los fundamentos morales del derecho positivo no pueden explicarse en forma de un derecho natural racional superior. Por otro, tampoco se los puede liquidar sin sustituirlos, so pena de privar al derecho de ese momento de incondicionalidad del que esencialmente necesita. Pero entonces hay que mostrar cómo en el interior del derecho positivo mismo puede estabilizarse el punto de vista moral de una formación imparcial del juicio y de la voluntad. Para satisfacer a esta exigencia no basta con que determinados principios morales del derecho natural racional queden positivados como *contenidos* del derecho constitucional. Pues de lo que se trata es precisamente de la contingencia de los contenidos de un derecho que puede cambiarse a voluntad. Por eso retornaré a la tesis desarrollada en la primera lección de que la moralidad inserta en el derecho positivo ha de tener más bien la fuerza transcendedora de un procedimiento que se regula a sí mismo, que controla su propia racionalidad.

Bajo la presión de este problema aquellos sucesores de Savigny que no querían darse por contentos con la interpretación positivista de los derechos subjetivos trataron de convertir en fuente de legitimación el derecho científico de los juristas. Savigny, en su teoría de las fuentes del derecho, había asignado aún a la Justicia y a la dogmática jurídica la tarea todavía derivada y modesta «de elaborar de forma consciente y científica y de exponer de forma científica» el derecho positivo procedente de la costumbre y de la legislación[67]. En cambio, G. F. Puchta sostiene a fines del siglo XIX la idea de que la producción del derecho no ha de ser sólo asunto del legislador político, pues de otro modo el Estado no se fundaría en derecho legítimo, es decir, no podría ser Estado de derecho. Antes bien, la Justicia, yendo más allá del derecho vigente, habría de asumir la tarea productiva de una prosecución y complementación constructivas del derecho vigente, dirigidas por principios. Este derecho de jueces obtendría de su *método científico de fundamentación*, es decir, de los argumentos de una jurisprudencia que procede científicamente, esa autoridad independiente que Puchta busca. Ya Puchta ofrece, pues, un punto de arranque para una teoría que, desde la perspectiva de la administración de justicia, hace derivar de una racionalidad procedimental inserta en el propio discurso jurídico los fundamentos legitimadores de la legalidad.

Desde la perspectiva del legislador cabría hacer una interpretación enteramente análoga, aun cuando la discusión parlamentaria se endereza en buena medida a la formación de compromisos y no, como el discurso jurídico, a una fundamentación científicamente

67. Citado por W. Maihofer (ed.), *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt, 1973, pp. 52 ss.

disciplinada de las sentencias. También por este lado, para aquellos que no podían conformarse con el positivismo democrático de la ley, planteóse la cuestión de con base en qué razones pueden pretender legitimidad las leyes producidas por mayorías parlamentarias. Ya Kant, partiendo del concepto de autonomía de Rousseau, había dado un paso decisivo al situar en el procedimiento mismo de producción democrática de normas el punto de vista moral de la imparcialidad. Como es sabido, Kant convierte en piedra de toque de la juridicidad de cada ley pública el criterio de si podría haber surgido de la «voluntad unida de todo el pueblo»[68]. Ciertamente, el propio Kant contribuyó a que enseguida se confundieran dos significados distintos de «universalidad» o «generalidad» de la ley: la generalidad como universalidad semántica de la ley abstractamente general viene a sustituir a esa otra generalidad o universalidad procedimental que caracteriza a la ley producida democráticamente, en tanto que expresión de la «voluntad unida del pueblo».

En Alemania, en donde, por lo demás, la discusión sobre teoría de la democracia sólo revivió en los años 20 de este siglo, esta confusión tuvo dos desafortunadas consecuencias. Por un lado, se pasó por alto (por considerarlo quizá cosa simple) el considerable *onus probandi* que asume una teoría de la democracia planteada en términos procedimentales, *onus probandi* que aún hoy está por desempeñar. Pues en primer lugar, habría que mostrar en términos de una teoría de la argumentación cómo en la formación de la voluntad parlamentaria del legislador se compenetran entre sí discursos relativos a objetivos políticos y discursos relativos a fundamentaciones morales con el control jurídico de las normas. En segundo lugar, habría que aclarar en qué se distingue un acuerdo alcanzado argumentativamente de un compromiso negociado y cómo el punto de vista moral se hace valer a su vez en las condiciones que han de cumplir los compromisos para poder ser considerados *fair*. Y en tercer lugar, y sobre todo, habría que reconstruir cómo habría de institucionalizarse por vía de procedimientos jurídicos la imparcialidad de las decisiones del poder legislativo, empezando por la regla de la mayoría, pasando por las reglas que rigen las discusiones parlamentarias, hasta el derecho electoral y la formación de la opinión pública en el espacio público-político. Este análisis habría de dejarse guiar por un modelo que expusiese la conexión que se da entre los presupuestos necesarios de la comunicación, relativos a la formación discursiva de la opinión y la voluntnad y una negociación de intereses que quepa considerar *fair*. Sólo sobre este reverso podrían analizarse críticamente el sentido normativo y la práctica efectiva de tales procedimientos[69].

68. I. Kant, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, [11]1995, § 46.
69. U. Neumann, *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986, pág. 70 ss.;

Pero además esa confusión de generalidad procedimental y generalidad semántica de las leyes dictadas por el Parlamento tuvo por consecuencia el que se pasara por alto la problemática autónoma que la aplicación del derecho comporta. Aun cuando la racionalidad procedimental (una racionalidad llena de contenidos morales) del Legislativo quedara suficientemente asegurada institucionalmente, las leyes (se trate o no del derecho regulador que caracteriza al Estado social) no tienen nunca una forma semántica tal ni tampoco una determinidad tal, que al juez no le quede otra tarea que la de aplicar esas leyes de forma algorítmica. Como demuestra la hermenéutica filosófica, las operaciones interpretativas en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas que desarrollan el derecho[70]. De ahí que el problema de la racionalidad procedimental se plantee de nuevo en relación con la práctica de las decisiones judiciales y con la dogmática jurídica.

En los procedimientos legislativos, esta moralidad emigrada al derecho positivo puede hacerse efectiva mediante el siguiente mecanismo, a saber, el de hacer que los discursos sobre objetivos políticos queden sometidos a las restricciones impuestas por el principio de que los resultados de esos discursos puedan ser susceptibles de asentimiento general, es decir, a las restricciones impuestas por el punto de vista moral, que hemos de respetar cuando se trata de fundamentar normas. Pero en una *aplicación* de normas que resulte sensible al contexto, la imparcialidad del juicio no queda asegurada sólo porque nos preguntemos qué es lo que todos podrían querer, sino preguntándonos si se han tenido adecuadamente en cuenta todos los aspectos relevantes de una situación dada. Antes de poder decidir qué normas, que a veces pueden colisionar entre sí y por tanto han de jerarquizarse a la luz de principios, han de aplicarse a un caso, hay que aclarar si la descripción de la situación es adecuada y completa en lo que respecta a todos los intereses afectados. Como ha demostrado Klaus Günther[71], en los contextos de fundamentación de normas la razón práctica se hace valer examinando si los intereses son susceptibles de universalización, y en los contextos de aplicación de normas examinando si se han tenido en cuenta de forma adecuada y completa todos los aspectos relevantes a la luz de normas que pueden colisionar entre sí. Y esto es lo que han de materializar los procedimientos jurídicos que hayan de institucionalizar la imparcialidad de la administración de justicia.

A. Kaufmann, «Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 72 (1986), pp. 425 ss.
70. J. Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsprechung*, Frankfurt a. M., 1972.
71. K. Günther, *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988.

(2) A lo que apunto con estas consideraciones es a la idea de un Estado de derecho con división de poderes, que extrae su legitimidad de una racionalidad que garantiza la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Esa idea no representaría otra cosa que un estándar crítico para el análisis de la realidad constitucional. Y sin embargo, esa idea no se limita a oponerse abstractamente (como un impotente deber-ser) a una realidad que tan poco se corresponde con ella. Antes bien, la racionalidad procedimental, emigrada ya parcialmente al derecho positivo, constituye (tras el hundimiento del derecho natural racional) la única dimensión que queda en que puede asegurarse al derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques y manipulaciones contingentes.

Sólo teniendo presente este entrelazamiento de procedimientos jurídicos y de argumentaciones que se autorregulan a sí mismas a tenor de los principios de universalización (para el caso de la fundamentación de normas) y de adecuación (para el caso de aplicación de normas), se explica esa excitante ambivalencia de la pretensión de validez con que el derecho positivo se presenta. La validez jurídica garantizada por ser las instancias competentes quienes toman las decisiones ha de distinguirse de la validez social del derecho efectivamente aceptado o impuesto. Pero en el complejo sentido que tiene la validez jurídica misma exprésase otra ambivalencia que el derecho moderno debe a su doble base de validez, a una validez que descansa en el principio de positivación, por un lado, y en el principio de fundamentación, por otro. En la pretensión de validez de las normas morales, cuando se consideran éstas en la perspectiva de un constructivismo como el de Rawls, conforme al cual las normas morales, a la vez que se las construye, se las *descubre*, predomina el lado cognitivo, es decir, las normas morales se presentan con una pretensión de validez análoga a la pretensión de validez «verdad». En la pretensión de validez del derecho positivo se añade la contingencia que el establecerlas positivamente implica, y la facticidad que la amenaza de sanción representa[72]. Pese a ello, la positividad de las normas jurídicas generadas conforme a los correspondientes procedimientos y susceptibles de imponerse coercitivamente, se halla acompañada y recubierta de una pretensión de legitimidad. El modo de validez del derecho remite a la sumisión (que políticamente se espera) frente a la decisión y la coerción, a la vez que a la expectativa moral de reconocimiento racionalmente motivado de una pretensión de validez normativa, que, llegado el caso, puede ser desempeñada, puede ser resuelta, mediante argumentación. En los casos límites que representan la resistencia legítima y la desobediencia

72. R. Dreier, *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, Frankfurt a. M., 1986.

civil muéstrase que tales argumentaciones son capaces de hacer añicos incluso la propia forma jurídica en la que están institucionalizadas[73].

La idea de Estado de derecho a la que he tratado de dar una lectura articulada en términos de teoría del discurso, aunque apunte un poco alto, no por ello resulta delirante, sino que brota del suelo mismo de la realidad jurídica. Para convencerse de ello basta tener presente que esa idea es el único criterio de que disponemos para medir la autonomía del sistema jurídico. Si se cerrara esa dimensión en la que las vías de fundamentación jurídica se abren a la argumentación moral, ni siquiera podríamos saber ya qué otra cosa podría significar eso de autonomía del derecho si no es autonomía sistémica. La autonomía no es algo que un sistema jurídico cobre por sí sólo para sí solo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la producción legislativa y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y el juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo moral. No puede haber autonomía del derecho sin democracia realizada.

73. Sobre la desobediencia civil, cf. J. Habermas, *Die Neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt a. M., 1985, pp. 79-117.

II

LA SOBERANÍA POPULAR COMO PROCEDIMIENTO (1988)*

En lo referente a su imponente historia de influencias y afectos la Revolución Francesa «apenas si puede compararse con otro acontecimiento histórico»[1]. Esa afirmación, que nadie discute, explica por qué casi todo lo demás es objeto de controversia. En nuestros días se ha desarrollado una nueva controversia: la controversia acerca del fin de la actualidad de la gran Revolución.

Bajo el signo de las despedidas postmodernas, por fin ha llegado también la hora de tomar distancias respecto de ese acontecimiento ejemplar, en cuya resaca hemos vivido doscientos años. Walter Markov, el importante historiador de la Revolución, había afirmado todavía en 1967: «La Revolución Francesa nunca ha sido vista por ninguna de las generaciones siguientes como algo ya cerrado, ni, por tanto, como un episodio maduro para ser colocado en un museo»[2]. Pero en esa fecha había aparecido ya el libro con el que François Furet y Denis Richet habían hecho valer un modo de considerar la Revolución, articulado en términos de una historia de las mentalidades[3]. Un decenio después, cuando en París la autocrítica de la izquierda se había convertido ya en crítica postestructuralista de la razón, Furet puede constatar ya lacónicamente: «La Revolución Francesa ha llegado a su fin»[4]. Furet trata de escapar del círculo

* Esta conferencia, pronunciada en diciembre de 1988, se publicó por primera vez en Forum für Philosophie Bad Homburg (ed.), *Die Ideen von 1789*, Frankfurt a. M., 1989, pp. 7-36.

1. E. Schulin, *Die Französische Revolution*, München, 1988, p. 11.
2. W. Warkov, *Die Jakobinerfrage heute*, Berlin, 1967, p. 3.
3. F. Furet y D. Richet, *La Révolution française*, Paris, 1965; versión alemana: *Die Französische Revolution*, Frankfurt a. M., 1968, p. 84.
4. F. Furet, *Penser la Révolution française*, Paris 1978; versión alemana, por la que se cita: *1789 - Vom Ereignis zum Gegenstand der Geschichtswissenschaft*, Frankfurt a. M., 1980.

mágico de esa historiografía caracterizada por la conciencia de estar administrando un legado, y que considera a la Revolución Francesa como origen del presente, pero como un origen capaz de orientar todavía la acción. Furet da por acabada la Revolución Francesa para que cese por fin «la contaminación del pasado» por esa referencia narcisista a la actualidad.

Este impulso tendente a enfriar y a «cientifizar» la Revolución Francesa, no debe confundirse con esa otra alternativa reciente que se registra en Alemania de curar un presente supuestamente contaminado recurriendo para ello a la normalización de un pasado distinto, de un pasado cargado *negativamente*. Los relojes que marcan el compás de la memoria colectiva funcionan en Francia y Alemania de forma distinta. Mientras que allí fueron las interpretaciones liberales y socialistas de la Revolución las que determinaron la autocomprensión de la nación, en el caso de Alemania «las ideas de 1789», tras el primer entusiasmo de los contemporáneos, quedaron siempre sujetas a la sospecha de sus consecuencias terroristas. Y esto no sólo fue así en el caso de la autocomprensión prusiano-alemana de nuestra nación. A este lado del Rin, los hilos de una historiografía no sólo conservadora, sino incluso agresivamente hostil a la Revolución, sólo quedaron rotos tras 1945[5]. Ahora bien, las diferencias internacionales en la historia de una recepción, nada dicen todavía acerca de la verdad de una tesis; pero la misma tesis cobra un significado distinto en los distintos contextos. Furet está dando una respuesta a la tradición de aquellos que, a la luz de la Revolución bolchevique, atribuyen a la Revolución Francesa el papel de modelo. Esta referencia dialéctica da su razón de ser a su tesis del fin de la Revolución Francesa, a la vez que la relativiza[6].

Un no-historiador no puede aportar mucho a esta controversia. En vez de eso la cuestión de si la fuerza de orientación de la Revolución Francesa está agotada, voy a abordarla en el plano de la teoría política. Lo que me importa es la cuestión normativa de si ese cambio de mentalidad que se produjo en los años de la Revolución Francesa, contiene aún para nosotros aspectos a los que todavía no hemos dado cobro. ¿Permite esa revolución de las ideas que se produjo en 1789 una lectura que todavía resulte informativa para nuestra propia necesidad de orientación?

5. E. Schulin, *Die Französische Revolution*, München, 1988, pp. 9 ss.

6. Esta relativización la ha emprendido mientras tanto el propio Furet: *La Révolution, 1780-1880*, Paris, 1988; Id., «La France Unie», en *La République du Centre*, Paris, 1988; cf. A. I. Hartig, «Das Bicentennaire - eine Auferstehung?»: *Merkur*, marzo 1989, pp. 258 ss.

I

(1) La cuestión de lo aún pendiente o aún no consumado de la Revolución Francesa puede discutirse desde distintos puntos de vista.

(*a*) En Francia la Revolución en parte posibilitó, y en parte aceleró, el despliegue de una sociedad civil móvil y de un sistema económico capitalista. Fomentó procesos que en otros lugares se produjeron sin necesidad de una transformación revolucionaria de la dominación política y del sistema jurídico. Esta modernización económica y social ha cobrado mientras tanto una continuidad que, aunque afectada por crisis cíclicas, resulta ya enteramente profana y carente de todo misterio. Hoy esa modernización, con sus efectos laterales disfuncionales, nos trae más bien a la conciencia sus riesgos; el incontenible despliegue de las fuerzas productivas y la difusión de la civilización occidental por todo el globo, son experimentados más bien como una amenaza. Apenas cabe pensar que el proyecto capitalista-productivista pueda sacarse todavía de la manga alguna promesa que cumplir. La utopía de la sociedad del trabajo está agotada.

(*b*) Lo mismo cabe decir en lo concerniente al nacimiento del moderno aparato estatal. En el proceso de formación de los Estados modernos y en el proceso moderno de burocratización la Revolución Francesa significó a lo sumo una aceleración de continuidades que venían de muy lejos, como ya vio Tocqueville, y en modo alguno un impulso innovador. Pero el plano de integración que representa el Estado está perdiendo hoy cada vez más competencias bajo la presión de los movimientos regionales, por un lado, y de las empresas y organizaciones supraestatales que operan a nivel mundial, por otro. En los casos en que aún sobrevive el *ethos* de la «racionalidad con arreglo a fines», apenas si puede encontrar ya apoyo en las incalculables, impredecibles, poco fiables aportaciones y operaciones organizativas de una administración estatal que se programa a sí misma.

(*c*) Un producto genuino de la Revolución Francesa fue, en cambio, ese Estado nacional que pudo exigir del patriotismo de sus ciudadanos el cumplimiento de la obligación general de servir a las armas. La conciencia nacional significaba una nueva forma de integración social para los ciudadanos liberados de las ligaduras estamentales-corporativas. Conforme a este modelo francés se orientó todavía la última generación de Estados, la surgida de la descolonización. Pero las potencias mundiales que representan Estados Unidos y la URSS, con sus sociedades multinacionales, nunca se ajustaron al esquema del Estado nacional. Y para los herederos actuales del sistema de Estados europeos el nacionalismo ha perdido atractivo y se encuentran en vías de convertirse en sociedades postnacionales.

(*d*) Para una respuesta afirmativa acerca de la actualidad de la Revolución Francesa sólo parece quedar un candidato: aquellas ideas que inspiraron el Estado democrático de derecho. Democracia y derechos humanos constituyen el núcleo universalista del Estado constitucional que, en variantes distintas, nació de la Revolución Americana y de la Revolución Francesa. Este universalismo ha conservado su fuerza explosiva, no sólo en los países del Tercer Mundo y en el ámbito de la dominación soviética, sino también en las naciones europeas, en donde en el curso de un cambio de las identidades colectivas, el «patriotismo de la Constitución» cobra un nuevo significado. A esto en todo caso es a lo que recientemente se refería R. v. Thadden en un encuentro germano-francés celebrado en Belfort: «Con una proporción del siete al ocho por ciento de inmigrantes las naciones corren el riesgo de sufrir un cambio en su identidad; muy pronto ya no podrán entenderse como sociedades monoculturales si no ofrecen puntos de integración que vayan más allá de la simple procedencia étnica. En esta circunstancia resulta urgente retornar a la idea de *citoyen* que es mucho más abierta y mucho menos rígida que la tradicional idea de nacionalidad en el sentido de pertenencia a una nación»[7].

Pero si la institucionalización de iguales libertades fuese la única idea que aún queda en pie, sería suficiente (así piensan muchos) con nutrirse de la herencia de la Revolución Americana: podríamos salir finalmente de la sombra del *terreur*.

Thadden no saca esta consecuencia; y no se debe sólo a la ocasión de su discurso, a saber, la inauguración de las celebraciones del doscientos aniversario de la Gran Revolución, el que el orador recurra a ideas específicamente francesas. En el sentido de Rousseau, von Thadden opone el ciudadano al burgués; y en el sentido de la tradición republicana asocia derechos ciudadanos y participación con hermandad o solidaridad. Incluso en el gesto cabe reconocer todavía el eco debilitado de las viejas consignas revolucionarias: «La Europa de los ciudadanos que hay que construir necesita las fuerzas de la hermandad, del mutuo auxilio, de la mutua ayuda y de la solidaridad, para que también los débiles, los necesitados de ayuda, los parados puedan ver en la Comunidad Europea un progreso en comparación con la situación actual. Esta llamada a fomentar la hermandad, junto con la idea de ciudadano, debe ser el mensaje central de las celebraciones del doscientos aniversario de la Revolución Francesa».

A diferencia de la Revolución Americana que, por así decir, fue *resultado* de los acontecimientos, la Revolución Francesa la hicieron los protagonistas con plena conciencia de *estar haciendo* una

7. R. v. Thadden, «Die Botschaft der Brüderlichkeit», en *Süddeutsche Zeitung* de 26.27 de noviembre 1988.

revolución. El propio F. Furet reconoce en esta conciencia de la práctica revolucionaria «una nueva modalidad de acción histórica». Podría también decirse que las revoluciones burguesas, la holandesa, la inglesa y la americana, sólo llegaron a reconocerse a sí mismas *como* tales revoluciones en el espejo de la Revolución Francesa. Ni el tráfico económico capitalista (*a*), ni la forma burocrática de la dominación legal (*b*), ni siquiera la conciencia nacional (*c*) y el moderno Estado constitucional (*d*) hubieran necesitado surgir de una convulsión vivida *como* una revolución, «pero Francia es el país que mediante la Revolución inventa la cultura democrática y que revela al mundo uno de los estados fundamentales de conciencia de la acción histórica»[8]. Nuestro estado de conciencia viene caracterizado por ambas cosas: seguimos apelando a la disponibilidad a la acción y a la orientación político-moral hacia el futuro por parte de aquellos que tienen voluntad de transformar el orden vigente; pero simultáneamente hemos perdido toda confianza en la posibilidad de cambio revolucionario de las circunstancias vigentes.

(2) La conciencia revolucionaria fue el lugar de nacimiento de una nueva mentalidad que se caracteriza por una nueva conciencia del tiempo, un nuevo concepto de práctica política y una nueva idea de legitimación. Específicamente modernas son la conciencia histórica que rompe con el tradicionalismo de continuidades consideradas cuasinaturales; la comprensión de la práctica política que se halla bajo el signo de la autodeterminación y de la autorrealización; y la confianza en la discusión racional, en cuyo medio ha de poder legitimarse toda dominación política. Bajo estos tres aspectos un concepto radicalmente intramundano, postmetafísico, de lo político penetra en la conciencia de toda una población, caracterizada, por lo demás, por su movilidad.

Pero echando una mirada retrospectiva sobre los últimos doscientos años surge la duda de si esta comprensión de la política no se ha alejado tanto de sus orígenes mentales, que ya no cabe atribuir actualidad alguna a la conciencia revolucionaria. ¿No está totalmente desgastada ya esa peculiar impronta revolucionaria que caracteriza al periodo que va entre 1789 y 1794?

(*a*) La conciencia revolucionaria se expresa en la convicción de que hay que empezar sentando bases nuevas. En ello se refleja un cambio de la conciencia histórica[9]. La historia universal, que es ahora cuando se convierte en tal historia universal, es decir, en un singular, sirve como sistema de referencia abstracto para una acción

8. F. Furet, *1789...*, p. 34.
9. R. Koselleck, *Vergangene Zukunft*, Frankfurt a. M., 1979; J. Habermas, *El discurso filosófico de la Modernidad*, Madrid, [4]1993, pp. 9 ss.

orientada hacia el futuro que trata de desconectar el presente del pasado. Tras ello se oculta la experiencia de una ruptura en la tradición: se ha superado un determinado umbral tras el cual el trato con las tradiciones culturales y con las instituciones sociales ha de ser un trato reflexivo. El proceso de modernización es experimentado como aceleración de acontecimientos que, por así decir, se abren a una intervención colectiva orientada por determinadas metas. La generación presente se siente responsable del destino de las generaciones futuras, mientras que el modelo que pudieron representar las generaciones pasadas pierde su carácter vinculante. En el horizonte ampliado de posibilidades futuras la actualidad del instante cobra prominencia y pregnancia frente a la normatividad de lo puramente vigente, que no hace más que trasladar su peso del pasado al presente. Esta confianza enfática H. Arendt la puso en relación con nuestra «natalidad», con esa honda y emotiva expectativa o esperanza de un futuro mejor que nos embarga cada vez que miramos a un recién nacido.

Pero esta vitalidad hace ya mucho tiempo que perdió la forma de una conciencia revolucionaria. Pues la fluidificación reflexiva de tradiciones hace mucho tiempo que se ha estabilizado en forma de un proceso, por así decir, trivial. La actitud hipotética frente a las instituciones vigentes y a las formas de vida con que nos encontramos, se ha vuelto normalidad. La revolución se ha solidificado ella misma en tradición: 1815, 1830, 1848, 1871, 1917 constituyen las cesuras de una historia de luchas revolucionarias, pero también de una historia de desengaños. La revolución libera sus propios disidentes que ya no se rebelan contra otra cosa que contra la revolución misma. Esta dinámica autodestructiva tiene también sus raíces en una concepción del progreso, que Walter Benjamin se encargó de poner en la picota, concepción del progreso que se apunta al futuro sin guardar memoria de las víctimas de las generaciones pasadas; por otro lado, los efectos de las revueltas juveniles y de los nuevos movimientos sociales sugieren a las sociedades de nuestro tipo la sospecha de que la dinámica cultural puesta en marcha por la Revolución Francesa sigue dejando su poso de forma algo menos llamativa en el cambio de valores que se produce en anchas capas de la población, mientras que la conciencia esotérica de actualidad enfática, de continuidad dañada y gastada y de normatividad vulnerada parece haberse retraído a los ámbitos del arte postvanguardista.

(*b*) La conciencia revolucionaria se expresa también en la convicción de que los individuos emancipados están llamados a convertirse en común en autores de su destino. En sus manos está el poder de decidir sobre las reglas y modo de su convivencia. Al darse ellos mismos las leyes a las que quieren obedecer, son ellos los que establecen su propia forma de convivencia. Esta forma de convivencia

es entendida como resultado de una práctica cooperativa que tiene como centro la formación pública y consciente de la voluntad política. Una política radicalmente intramundana se entiende como expresión y confirmación de la libertad que brota de la subjetividad del individuo a la vez que de la soberanía del pueblo. En el plano de la teoría política compiten entre sí, ciertamente, desde el principio planteamientos individualistas y planteamientos colectivistas que dan en cada caso la primacía al individuo o a la nación. Pero en todos los casos la libertad es entendida como libertad de un sujeto que se determina a sí mismo y se realiza a sí mismo. Autonomía y autorrealización son los conceptos claves de una práctica que tiene en sí misma su propio fin, a saber, la producción y reproducción de una vida digna del hombre[10].

También este concepto holista de práctica política ha perdido su brillo y su fuerza motivadora. En el trabajoso camino hacia la institucionalización (en términos de Estado de derecho) de la igual participación de todos los ciudadanos en la formación de la voluntad política, han ido quedando de manifiesto las contradicciones que el propio concepto de soberanía popular comporta. El pueblo, del que habría de provenir todo poder organizado estatalmente, no es ningún sujeto singular dotado de voluntad y conciencia. El pueblo sólo aparece en plural; *como* pueblo, es decir, considerado en conjunto no es ni capaz de tomar decisiones ni tampoco capaz de acción. En las sociedades complejas, incluso los esfuerzos más serios que se dedican a una autoorganización política que merezca ese nombre, chocan además con resistencias que provienen de la lógica sistémica interna del mercado y de la lógica sistémica interna del poder administrativo. Antaño se trataba de imponer la democracia contra el despotismo que se veía encarnado en el rey, en partes de la nobleza y en las capas superiores del clero. Mientras tanto la dominación política se ha despersonalizado; la democratización ni siquiera ha de pugnar ya contra genuinas resistencias políticas, sino contra los imperativos sistémicos de un sistema económico y un sistema administrativo diferenciados.

(*c*) La conciencia revolucionaria se expresa finalmente en la convicción de que el ejercicio de la dominación política no puede legitimarse ni en términos religiosos (apelando a la autoridad divina) ni en términos metafísicos (apelando a un derecho natural de fundamentación ontológica). Una política radicalmente intramundana tendrá que justificarse de ahora en adelante *sólo* a partir de la razón, y ello con los medios de una teoría planteada en términos postmetafísicos. Para este propósito ofreciéronse las teorías del derecho natural racional. Éstas habían asentado el concepto aristotélico de do-

10. Ch. Taylor, «Legitimation crisis?», en Id., *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers* 2, Cambridge, 1985.

minación política —de una dominación de libres e iguales sobre sí mismos— sobre el suelo que representaban los conceptos básicos desarrollados por la filosofía del sujeto, logrando así dar satisfacción tanto a una comprensión de la libertad agudizada en términos individualistas, como a una comprensión universalista de la justicia. Así, la práctica revolucionaria pudo entenderse como una realización de los derechos del hombre, introducida y guiada por una elaboración teorética; la revolución misma parecía deducirse de los principios de la razón práctica. Esta autocomprensión explica también la influencia de las *sociétés de penser* y el papel activo de los *ideologues*.

Este intelectualismo no sólo provocó las iras de los oponentes conservadores; pues la suposición de que la formación de la voluntad política sea directamente susceptible de teoría y de que pueda orientarse por una moral racional sobre la que se da un consenso previo, tuvo para la teoría de la democracia consecuencias desafortunadas y para la práctica política consecuencias realmente devastadoras. La teoría tiene que acabar con la tensión entre formación soberana de la voluntad y teoremas apodícticos de la razón; la praxis tiene que acabar con esa falsa auratización o santificación de la razón, tal como cuajó en el culto del Ser supremo y en los emblemas de la Revolución Francesa[11]. En nombre de una razón autoritaria, de una razón antecedente a todo efectivo entendimiento intersubjetivo, pudo desarrollarse una dialéctica por parte de los presuntos portavoces de esa razón, que eliminaba la diferencia entre moralidad y táctica y que desembocó en la justificación del terror practicado por la virtud. Desde C. Schmitt hasta Lübbe, desde Cochin a Furet se ha venido denunciando este tipo de discurso que cobija al poder en la palabra, se lo ha denunciado presentándolo como un mecanismo que provoca inevitablemente la dominación (eso sí, orlada de un supuesto consenso) de los portavoces intelectuales, es decir, de las sedicentes vanguardias[12].

(3) La mentalidad creada por la Revolución Francesa —es lo que parece mostrar nuestra consideración retrospectiva— a la vez que se ha estabilizado, también se ha trivializado: hoy ya no pervive en forma de una conciencia revolucionaria y ha perdido fuerza explosiva y pregnancia. Pero, ¿con este cambio de forma se han paralizado también sus energías? Manifiestamente, la dinámica *cultural*, puesta en marcha por la Revolución Francesa, no se ha parado. Sólo hoy parece haber logrado esa dinámica crear las condiciones para un activismo cultural despojado de todos los privilegios debidos a educación,

11. J. Starobinski, *Los emblemas de la razón*, Madrid, 1988.
12. En sorprendente coincidencia con C. Schmitt, cf. F. Furet, *1789...*, pp. 197 ss.

que, atenido a su propia lógica, escapa a las intervenciones administrativas; el multiforme pluralismo de estas actividades que escapan a los límites de clase se opone, ciertamente, a la autocomprensión revolucionaria de una nación más o menos homogénea; y, sin embargo, la movilización cultural de las masas proviene precisamente de ese origen. En los centros urbanos se dibujan los rasgos de un tráfico social que viene caracterizado por formas de expresión socialmente desdiferenciadas a la vez que por estilos de vida individualizados. No resulta fácil descifrar la ambivalente fisonomía de este fenómeno. Es difícil decir si esta «sociedad de cultura» sólo refleja el mal uso que en términos comerciales y de estrategia electoral se hace de la «fuerza de lo bello», es decir, una cultura de masas semánticamente descolorida y de tipo privatista, o si podría representar la caja de resonancia de un espacio público revitalizado, en el que pudiese propiamente fructificar la siembra de las ideas de 1789.

Dejaré abierta esta cuestión y en lo que sigue me limitaré a argumentos normativos, tendentes a averiguar cómo habría que pensar hoy una república demócrata-radical, de poder contar con el cuerpo de resonancia suministrado por el tipo de cultura política al que me acabo de referir, una república que no podemos limitarnos a dar por supuesta desde la perspectiva retrospectiva de unos herederos afortunados, sino que hemos de impulsarla como un proyecto, con la conciencia de una revolución permanente pero que a la vez se ha vuelto cotidiana. No se trata de proseguir trivialmente la Revolución, sólo que con otros medios. Ya la obra de teatro *Danton* de Büchner nos enseña lo pronto que la conciencia revolucionaria se ve atrapada por las aporías del instrumentalismo revolucionario. La conciencia revolucionaria lleva inscrita una buena dosis de melancolía, la tristeza por el fracaso de un proyecto que, sin embargo, *no se puede abandonar*. Tanto el fracaso como la imposibilidad de abandono se explican porque el proyecto revolucionario apunta más allá de la Revolución, escapa a los propios conceptos en que se articuló ésta. Por tanto, trataré de traducir el contenido normativo de esa Revolución, que fue realmente única, a nuestros propios conceptos; se trata de una empresa que un intelectual de izquierdas que vive en la República Federal de Alemania no puede eludir cuando considera el doble jubileo que representan los años 1789 y 1949 —y el aguijón de *otros* «jubileos» que está viviendo en su propia carne—: los principios de la Constitución no pueden echar raíces en nuestro ánimo si la razón no se asegura de sus contenidos orientadores, de sus contenidos que apuntan al futuro. Sólo como proyecto histórico puede mantener el Estado democrático de derecho un sentido normativo que vaya más allá de lo jurídico —es decir, su fuerza explosiva y su capacidad de alumbrar estructuras.

Desde el punto de vista de la teoría política la historia se con-

vierte en un laboratorio de argumentos. La Revolución Francesa constituye, por lo demás, una cadena de acontecimientos que vienen provistos de argumentos: la Revolución se envolvió a sí misma en los ropajes de discursos atenidos a los principios del derecho natural racional. Y dejó tras de sí bien locuaces estetas en las ideologías políticas de los siglos XIX y XX. Cuando miramos las cosas desde la distancia que por sí misma se impone a los nacidos después, esas disputas cosmovisionales entre demócratas y liberales, entre socialistas y anarquistas, entre conservadores y progresistas —si asumimos el desamor hacia el detalle, que caracteriza a todo este tipo de esquematizaciones— se convierten en patrones básicos de tipos de argumentación que aún hoy siguen siendo instructivos.

II

(1) La *dialéctica entre liberalismo y democracia radical*, puesta en marcha por la Revolución Francesa, ha estallado a nivel mundial. La disputa versa acerca de cómo puede compatibilizarse la igualdad con la libertad, la unidad con la pluralidad, o el derecho de la mayoría con el derecho de la minoría. Los liberales empiezan con la institucionalización jurídica de iguales libertades y entienden éstas como derechos subjetivos. Para ellos los derechos del hombre gozan de primacía normativa sobre la democracia, y la división constitucional de poderes goza de primacía sobre la voluntad del legislador democrático. Los abogados del igualitarismo entienden, por otro lado, la práctica colectiva de los sujetos iguales y libres como formación soberana de la voluntad común. Entienden los derechos humanos como manifestación de la voluntad popular soberana. Y la Constitución que establece la división de poderes nace de la voluntad ilustrada del legislador democrático.

Así, la constelación de partida viene ya caracterizada por la respuesta que Rousseau dio a Locke. Rousseau, el precursor de la Revolución Francesa, entiende la libertad como autonomía del pueblo, como igual participación de todos en la práctica de la autolegislación. Kant, el filósofo contemporáneo de la Revolución Francesa, quien confiesa que fue Rousseau quien le puso la cabeza en orden, lo formula así: «El poder legislativo sólo puede ser competencia de la voluntad unida del pueblo. Pues, como todo derecho ha de provenir del poder legislativo, éste tiene que poder no hacer injusticia absolutamente a nadie mediante sus leyes. Porque ocurre que cuando alguien dispone algo respecto a otro, siempre es posible que le haga injusticia, pero nunca en lo que uno dispone sobre uno mismo (pues *volenti non fit iniuria*). Así pues, sólo la voluntad concordante y unida de todos, en cuanto que cada uno sobre todos y todos sobre cada uno deciden

exactamente lo mismo, por tanto sólo la voluntad unida del pueblo en este sentido general, puede ser legisladora» (*Rechtslehre* § 46).

El *quid* de esta consideración está en la unión de razón práctica y voluntad soberana, de derechos del hombre y democracia. Si la razón legitimadora de la dominación no ha de anteceder, como sucede en Locke, a la voluntad soberana del pueblo y si los derechos del hombre no han de quedar anclados en un ficticio estado de naturaleza, la propia autonomía de la actividad legislativa habrá de llevar inscrita en su seno una estructura racional. La voluntad unida de los ciudadanos, al no poder manifestarse sino en la forma de leyes abstractas y generales, se ve obligada *per se* a una operación que excluye todos los intereses no susceptibles de universalización, permitiendo sólo aquellas regulaciones que garantizan a todos iguales libertades. El ejercicio de la soberanía popular asegura a la vez los derechos del hombre.

A través de los discípulos jacobinos de Rousseau este pensamiento prendió en la práctica provocando la reacción de los oponentes liberales. Los críticos hacen valer que la ficción de una voluntad popular unitaria sólo puede realizarse a costa de ocultar o reprimir la heterogeneidad de voluntades particulares. Y, en efecto, Rousseau había entendido ya la constitución del pueblo soberano como una especie de acto existencial de «sociación» por el que los individuos aislados se convierten en ciudadanos orientados al bien común. Éstos se constituyen entonces en miembros de un *cuerpo* colectivo y son el sujeto portador de una práctica legislativa que se ha desligado de los intereses particulares de las personas privadas, las cuales, por tanto, no son más que los simples destinatarios que han de someterse a esas leyes. La sobrecarga moral a que queda sometido el ciudadano virtuoso arroja una larga sombra sobre todas las modalidades radicales de rousseauismo. Tal suposición de virtudes republicanas sólo es realista para una comunidad con un consenso normativo previamente asegurado por la tradición y con un *ethos* compartido: «Cuanto menos las voluntades particulares se refieren a la voluntad general, es decir, las costumbres a las leyes, tanto más ha de aumentar la fuerza represiva»[13]. Así, las objeciones liberales contra el rousseauismo pueden apoyarse en el propio Rousseau: las sociedades modernas no son homogéneas.

(2) Los oponentes acentúan la pluralidad de intereses que hay que llevar a un punto de equilibrio, el pluralismo de las opiniones que hay que tratar de concertar en un consenso mayoritario. La crítica de la «tiranía de la mayoría» se presenta, sin embargo, en dos versiones distintas. El liberalismo clásico de un Alexis de Tocquevi-

13. J.-J. Rousseau, *Le contrat social*, libro III, cap. I.

lle entiende la soberanía popular como principio de igualdad que ha menester restricciones. Es el miedo del *bourgeois* de verse avasallado por el *citoyen*: si la estructura de división de poderes del Estado de derecho *no pone límites* a la democracia del pueblo, peligran las libertades prepolíticas del individuo. Pero con ello la teoría vuelve a verse lanzada hacia atrás: la razón práctica que se encarna en la Constitución, cae de nuevo en contradicción con la voluntad soberana de las masas políticas. El problema que Rousseau había tratado de solucionar con su concepto de autolegislación, retorna de nuevo. Un liberalismo democráticamente ilustrado tiene, por tanto, que atenerse a la intención de Rousseau.

Por este lado la crítica no conduce a una restricción, sino a una reinterpretación del principio de soberanía popular; ésta sólo ha de poder expresarse bajo las condiciones discursivas de un proceso de formación de la opinión y de la voluntad diferenciado en sí mismo. Incluso antes de que John Stuart Mill en su escrito *On Liberty* (1859) uniese igualdad y libertad en la idea de un espacio público discursivo, Julius Fröbel, un demócrata del sur de Alemania, desarrollaba en un panfleto que vio la luz en 1848 la idea de una voluntad común o global, *pensada* en términos absolutamente *no utilitaristas*, que habría de poder formarse a través de la discusión y de la armonización de las voluntades libres de todos los ciudadanos: «Queremos una República social, es decir, un Estado en el que la felicidad, la libertad y la dignidad de cada uno sean reconocidas como fin común de todos y la plenitud del derecho y del poder de la sociedad broten del *entendimiento* y acuerdo *de todos sus miembros*»[14].

Un año antes Fröbel había publicado un *Sistema de política social*[15] en el que de un modo bien interesante une el principio de la discusión libre con el principio de la mayoría. Atribuye a la discusión pública el papel que Rousseau atribuye a la fuerza supuestamente universalizadora que, a su juicio, tiene la simple *forma* de la ley. El sentido normativo de la validez de las leyes que merecen el asentimiento general no puede explicarse recurriendo sólo a las propiedades lógico-semánticas de leyes abstractas y generales. En vez de eso, Fröbel recurre a las condiciones comunicativas bajo las que la formación de la opinión, orientada a la verdad, puede combinarse con la formación de una voluntad mayoritaria. Simultáneamente, Fröbel se atiene al concepto de autonomía de Rousseau: «Una ley sólo puede haberla para aquel que la ha hecho o que le ha prestado su asentimiento; pues para cualquier otro la ley es una prohibición o una orden» (p. 97). Por eso las leyes exigen el asentimiento fundado de

14. J. Fröbel, *Monarchie oder Republik*, Mannheim, 1848, p. 6.
15. J. Fröbel, *System der socialen Politik*, Mannheim, 1847 (reimpresión, Aalen, 1975; cito conforme a esta edición).

todos. Pero el legislador democrático decide por mayoría. Lo uno sólo es compatible con lo otro si la regla de la mayoría mantiene una relación interna con la búsqueda de la verdad: la discusión pública ha de mediar entre razón y voluntad, entre la formación de la opinión de todos y la formación de la voluntad mayoritaria de los representantes del pueblo.

Una decisión mayoritaria sólo debe tomarse de forma que su contenido pueda considerarse el resultado racionalmente motivado, pero *falible*, de una discusión acerca de lo que es correcto, *provisionalmente* cerrada por imponerlo así la necesidad de decidir: «La discusión hace que las convicciones, tal como se han desarrollado en el espíritu de los distintos individuos, obren unas sobre otras, las clarifica, y amplía el círculo de su reconocimiento. La forma práctica concreta que cobra el derecho es consecuencia de la evolución y reconocimiento de la conciencia jurídica teorética previa de la sociedad, pero esa forma concreta sólo puede producirse de una manera, a saber, mediante votación y decisión por mayoría de votos» (p. 96). La decisión por mayoría la interpreta Fröbel como acuerdo *condicionado*, como asentimiento de la minoría a una práctica que se orienta por la voluntad de la mayoría: «No se exige en modo alguno de la minoría, al resignar ésta su voluntad, que declare errónea su opinión, ni siquiera se exige que abandone sus propios fines, sino que renuncie a la aplicación práctica de su convicción mientras no logre hacer valer mejor sus razones y conseguir el necesario número de votos» (pp. 108 s.).

(3) La posición de Fröbel muestra que la tensión normativa entre igualdad y libertad puede disolverse en cuanto se renuncia a una *lectura concretista del principio de soberanía popular*. Fröbel, a diferencia de Rousseau, no injerta la razón práctica en la voluntad soberana recurriendo como único medio a la pura forma de la ley general, sino que la ancla en un procedimiento de formación de la opinión y la voluntad que fija cuándo una voluntad política, que no es idéntica a la razón, tiene a su favor la presunción de razón. Esto preserva a Fröbel de una devaluación normativa del pluralismo. La discusión pública es la instancia mediadora entre razón y voluntad: «La unidad de convicciones representaría una verdadera desgracia para el progreso del conocimiento. La unidad de objetivo en los asuntos de la sociedad es una necesidad» (p. 108). Pero la producción mayoritaria de una voluntad unitaria sólo es compatible con el «principio de igual validez de la voluntad personal de todos» si va unida con el principio de «reducir el error por vía de convicción» (p. 105). Y sólo en los discursos públicos puede afirmarse este principio contra las mayorías tiránicas.

Fröbel postula, por tanto, formación escolar, un alto nivel de formación y educación para todos, así como libertad de propaganda

y de expresión de opiniones teoréticas. Es el primero en percatarse de la importancia que en términos de política constitucional tienen los partidos políticos y la lucha que con los medios de la «propaganda teórica» los partidos efectúan con la finalidad de obtener una mayoría de votos. Sólo estructuras de comunicación abiertas pueden impedir que se impongan partidos que dogmáticamente se entienden a sí mismos como vanguardias. Pues debe haber sólo «partidos» pero no «sectas»: «El partido quiere realizar sus objetivos en el Estado, la secta quiere superar al Estado con los fines que (ella) se propone. El partido trata de llegar al poder dentro del Estado, la secta trata de someter el Estado a su (de ella) forma de existencia. Al tratar de dominar en el Estado, la finalidad del partido sería disolverse en el Estado, en cambio la finalidad de la secta es llegar a dominar disolviendo al Estado en ella» (p. 277). Fröbel estiliza y convierte los partidos, los partidos de su tiempo, bastante menos organizados que los nuestros, en asociaciones libres que se especializan en ejercer influencia sobre el proceso de formación de la opinión y voluntad públicas, primariamente mediante argumentos. Representan el núcleo organizativo de un público de ciudadanos, que discute con múltiples voces y toma decisiones por mayoría, el cual desempeña el papel del soberano.

Mientras que en Rousseau el soberano *encarnaba* o daba *cuerpo* al poder y al monopolio legal del poder, el público de Fröbel ya no es un *cuerpo*, sino sólo el proceso de múltiples voces de una formación de la opinión y la voluntad comunes, que disuelve el poder y la violencia mediante entendimiento intersubjetivo y que conduce a decisiones mayoritarias racionalmente motivadas. Así, los partidos políticos y la contienda entre los partidos en el espacio público-político tienen por fin dar continuidad al acto rousseauniano del contrato social en forma de una, como Fröbel dice, «revolución permanente y legal». Los principios constitucionales de Fröbel despojan al orden constitucional de todo lo «sustancial» en el sentido de Rousseau o de Hegel; al proceder en términos estrictamente postmetafísicos, no se perfilan ningunos «derechos naturales», sino sólo el procedimiento de la formación de la opinión y de la voluntad que asegura iguales libertades a través de derechos universales de comunicación y participación: «Con el pacto constitucional los partidos acuerdan no hacer que sus opiniones influyan unas sobre otras si no es a través de la discusión libre y renunciar a la puesta en práctica de toda teoría hasta que ésta consiga la mayoría de los votos de los miembros del Estado. Con el pacto constitucional los partidos acuerdan definir la unidad de objetivo, fin o propósito conforme a la teoría que resulte mayoritaria, pero acuerdan también dejar la propaganda de la teoría a la libertad de cada individuo y desarrollar su constitución y legislación conforme al resultado de todos los esfuerzos individuales, el cual sale a la luz en las votaciones» (p. 113). Mientras que los tres primeros artículos de esta constitución postulada establecen las condiciones y procedimientos de una formación democrática racional de la voluntad, el cuarto artículo prohíbe la inmutabilidad de la Constitución y toda restricción impuesta *desde fuera* a la soberanía popular interpretada en términos procedimentales. Los derechos del hombre no *compiten* con la soberanía popular; son idénticos a las condiciones constitutivas de una práctica de formación discursivo-pública de la opinión y la voluntad que se restringe a sí misma. La división de poderes se explica entonces por la lógica de la aplicación y de la ejecución controlada de las leyes producidas por esa vía.

III

(1) La discusión sobre libertad e igualdad es proseguida a un nivel distinto en la *disputa entre socialismo y liberalismo*. También esta dialéctica la vemos prefigurada en la Revolución Francesa cuando Marat se vuelve contra el formalismo de las leyes y habla de «tiranía legal», cuando Jacques Roux se queja de que la igualdad de las leyes se dirija contra los pobres y cuando Babeuf critica la institucionalización de iguales libertades en nombre de una satisfacción igual de las necesidades de cada uno[16]. Pero esta dialéctica sólo cobra contornos claros en el primer socialismo.

En el siglo XVIII la crítica de la desigualdad social había tenido por blanco las consecuencias sociales de la desigualdad política. Bastaban argumentos jurídicos, es decir, argumentos basados en el derecho natural, para defender contra el *Ancien Régime* las iguales libertades del Estado constitucional democrático y del orden del derecho privado burgués. Pero a medida que se impusieron la monarquía constitucional y el código de Napoleón, se cobró conciencia de desigualdades sociales de *otro* tipo. El lugar de las desigualdades causadas por los privilegios políticos vinieron a ocuparlo desigualdades que sólo comenzaron a desarrollarse en el marco de la institucionalización de iguales libertades en términos de derecho privado. Se trataba ahora de las consecuencias sociales de la desigual distribución de un poder de disposición económica ejercido ahora apolíticamente. Marx y Engels toman de la economía política los argumentos con que denuncian el orden jurídico burgués como expresión jurídica de relaciones de producción injustas, ampliando así el concepto mismo de lo político. No era sólo la organización del

16. H. Dippel, «Die politischen Ideen der französischen Revolution», en *Pipers Handbuch der Politischen Ideen* IV, München, 1986, pp. 21 ss.

Estado sobre lo que había que discutir y decidir, sino también sobre la organización de la sociedad en conjunto[17].

Con este cambio de perspectiva queda a la vista una conexión funcional entre estructura de clases y sistema jurídico, que permite una crítica al formalismo jurídico, es decir, a la desigualdad material de derechos que formalmente, es decir, según la letra, son iguales. Pero el mismo cambio de perspectiva distorsiona a la vez la discusión del problema que a la formación de la opinión y la voluntad políticas se le plantea con la politización de lo social. Marx y Engels se contentaron con referencias a la Comuna de París y dejaron más o menos de lado cuestiones relativas a teoría de la democracia. Cuando se toma en consideración el trasfondo de formación filosófica de ambos autores, quizá su sumario rechazo del formalismo jurídico e incluso de la esfera del derecho en general, se deba a que leyeron a Rousseau y a Hegel con ojos demasiado aristotélicos, desconocieron la sustancia normativa del universalismo de Kant y del universalismo de la Ilustración y malentendieron en términos concretistas la idea de una sociedad liberada. El socialismo lo entendieron como una forma históricamente privilegiada de eticidad concreta y no como conjunto de las condiciones necesarias para formas de vida emancipadas, formas de vida sobre las que habrían de entenderse los implicados *mismos*.

Al concepto ampliado de lo político no respondía una comprensión profundizada del modo de funcionar, de las formas de comunicación y de las condiciones de institucionalización de una formación igualitaria de la opinión y la voluntad comunes. El elemento rector lo sigue siendo la representación holista de una «sociedad del trabajo» politizada. Los primeros socialistas confiaban todavía en que de una producción correctamente organizada surgirían por sí mismas las formas de vida «convivenciales» de trabajadores libremente asociados. Esta idea de una autoadministración de los trabajadores tenía que fracasar ante la complejidad de las sociedades desarrolladas, funcionalmente diferenciadas; y ello aun cuando, con Marx, la utopía de la sociedad del trabajo fuese pensada como un reino de la libertad que habría de erigirse sobre la base de un permanente y sistémicamente regulado reino de la necesidad. Tampoco la estrategia de Lenin de la toma del poder por parte de revolucionarios de profesión pudo sustituir la falta de teoría política. Las consecuencias prácticas de este déficit muéstranse en aquellas aporías en que hasta hoy se halla envuelto el socialismo burocrático con una vanguardia política petrificada en nomenclatura.

17. O. Negt y E. Th. Mohl, «Marx und Engels - der unaufgehobene Widerspruch von Theorie und Praxis», en *Pipers Handbuch der Politischen Ideen* IV, pp. 449 ss.

(2) Por otra parte los sindicatos y partidos de tipo reformista que han operado en el marco del Estado democrático de derecho, durante la realización del compromiso que ha representado el Estado social han hecho la decepcionante experiencia de que tenían que contentarse con una adaptación de la herencia liberal-burguesa y renunciar al desempeño de las promesas de democracia radical. La afinidad espiritual entre el reformismo y el liberalismo de izquierdas (entre E. Bernstein y F. Naumann, los padrinos de la coalición social-liberal) se funda en el objetivo común de la universalización de los derechos ciudadanos en términos de Estado social[18]. Normalizando el *status* trabajador dependiente mediante derechos de participación política y derechos concernientes a la recepción de prestaciones sociales, la masa de la población recibiría la oportunidad de vivir en seguridad, justicia social y creciente bienestar. Los partidos, una vez llegados al gobierno, habrían de utilizar la palanca del poder administrativo para imponer por medios intervencionistas estas metas sobre la base de un crecimiento capitalista promovido por la Administración a la vez que disciplinado por ella. Conforme a la idea ortodoxa, la emancipación social habría de conseguirse por vía de una revolución política que habría de tomar posesión del aparato estatal con la sola finalidad de destruirlo. El reformismo tiene que contentarse con producir la pacificación social por vía de la intervención y el control del Estado social. Pero en esta tarea los partidos quedan absorbidos por un aparato estatal en expansión. Con el proceso de estatalización de los partidos se desplaza la formación de la voluntad política a un sistema político que crecientemente se programa a sí mismo. Ese sistema político se torna independiente de las fuentes democráticas de su legitimación en la medida en que logra *extraer* del espacio de la opinión pública política la lealtad de la población. Y así, el reverso de ese Estado social con ese su doble rostro de éxito a la vez que de fracaso, es esa democracia de masas que adopta los rasgos de un proceso de legitimación administrativamente *dirigido y controlado*. Y en el plano programático todo ello tiene como única respuesta la resignación, el convivir con el escándalo de ese destino cuasinatural (el desempleo) que el mercado de trabajo hace pender como una espada de Damocles sobre las cabezas de los individuos, así como la renuncia a la democracia radical.

Esto explica la actualidad de esa *discusión* que surgió bien pronto en el siglo XIX y que desde el principio el *anarquismo* sostuvo *con el socialismo*. Lo que en la revolución pequeño-burguesa de los *sansculottes* se practicó ya, sólo quedó provisto de razones y convertido a medias en una teoría en la crítica anarquista de la sociedad y en la discusión de (y sobre) los Consejos. En esa teoría las técnicas de au-

18. O. Kallscheuer, «Revisionismus und Reformismus», en *ibid.* IV, pp. 545 ss.

toorganización (como la deliberación permanente, el mandato imperativo, la rotación de los cargos, el entrelazamiento de los poderes, etc.) son quizá menos importantes que la *forma de organización* misma, a saber, el tipo de organización que representan las asociaciones voluntarias[19]. Éstas sólo ofrecen un grado mínimo de institucionalización. Los contactos horizontales de que se compone el nivel de las interacciones simples habrían de adensarse y generar una práctica de deliberación intersubjetiva de toma de decisiones que habría de ser lo suficientemente fuerte como para mantener a todas *las demás* instituciones en ese estado líquido de la fase de fundación y, por así decir, protegerlas del anquilosamiento. Este anti-institucionalismo viene a coincidir con las ideas viejo-liberales de un espacio de la opinión pública, sostenido por asociaciones, en el que se pudiera poner por obra la práctica comunicativa de una formación de la opinión y la voluntad gobernada por la argumentación. Cuando Donoso Cortés acusa al liberalismo de convertir falsamente la discusión en principio de decisión política y cuando C. Schmitt, siguiendo a Donoso Cortés, denuncia a la burguesía liberal como la «clase discutidora», tienen ambos a la vista las consecuencias anarquistas, *disolutorias del poder*, que la discusión pública tiene. Y este mismo motivo sigue moviendo todavía a numerosos discípulos de Carl Schmitt en su fantasmal batalla contra los causantes intelectuales de la «guerra civil europea».

A diferencia de la construcción del «estado de naturaleza», la cual es una construcción articulada en términos de un derecho natural racional de cuño individualista, la forma de organización de asociaciones voluntarias es un concepto *sociológico* que permite pensar en términos no contractualistas relaciones exentas de dominio que surgen espontáneamente. La sociedad exenta de dominio ya no necesita entonces ser concebida como el orden instrumental y, por tanto, prepolítico, que surge de contratos, es decir, de los acuerdos gobernados por intereses de personas privadas que actúan orientándose a su propio éxito. Una sociedad integrada a través de asociaciones en lugar de a través de mercados sería un orden político y, sin embargo, exento de dominio. Los anarquistas hacen derivar la socialización y «sociación» espontáneas de un impulso distinto que el moderno derecho natural racional, no del interés por el intercambio provechoso de bienes, sino de la disponibilidad al entendimiento a la hora de solucionar los problemas y coordinar la acción. Las asociaciones se distinguen de las organizaciones formales porque el objetivo de la unión no se ha autonomizado funcionalmente todavía frente a las orientaciones valorativas y a las metas de los miembros asociados.

19. P. Lösche, «Anarchismus», en *ibid.*, pp. 415 ss.

(3) Pues bien, este proyecto anarquista de una sociedad que se agotase en una concatenación horizontal de asociaciones, fue siempre ya algo utópico; pero sobre todo hoy está condenado al fracaso habida cuenta de la necesidad de regulación, control y organización de las sociedades modernas. Las interacciones regidas y controladas por medios de control sistémico, como son las que tienen lugar en la economía y en el sistema administrativo, vienen precisamente definidas por la desconexión de las funciones de la organización respecto de las orientaciones de sus miembros; desde la perspectiva de la acción tal desconexión se presenta como una inversión de la relación medios-fines, como la dinámica fetichista del proceso de realización del capital y del proceso administrativo. Pero a los recelos y suspicacias anarquistas puede dárseles un giro metodológico, y utilizarlos críticamente hacia ambos lados: tanto contra la ceguera sistémica de una teoría normativa de la democracia que sigue sin enterarse de la expropiación burocrática de la base sobre la que opera, como contra el extrañamiento fetichizador de una teoría de sistemas que liquida todo lo normativo y que excluye, incluso analíticamente, la posibilidad de una comunicación en la que la sociedad pueda focalizar su atención sobre sí misma como conjunto[20].

Las teorías clásicas de la democracia parten de que la sociedad opera sobre sí misma a través del legislador soberano. El pueblo programa las leyes y éstas a su vez programan la ejecución y la aplicación de las leyes, de suerte que los miembros de la sociedad, a través de las decisiones colectivamente vinculantes de la Administración y de la Justicia, son los destinatarios de operaciones y regulaciones que ellos mismos, en su papel de ciudadanos, han programado. Esta *idea de una actuación de la sociedad sobre sí misma, programada a través de las leyes*, sólo obtiene su plausibilidad de la suposición de que la sociedad en conjunto podemos representárnosla como una asociación en gran formato, que se determina a sí misma a través de los medios que representan el derecho y el poder político. Ahora bien, la ilustración sociológica nos ha enseñado algo más sobre la circulación fáctica del poder; también sabemos que la forma que la asociación representa es demasiado poco compleja como para poder estructurar en conjunto el contexto de la vida social. Pero no es esto lo que me interesa aquí. Ya el análisis conceptual de la recíproca constitución de derecho y poder político muestra que en el medio a través del cual habría de discurrir esa actuación de la sociedad sobre sí misma, programada por vía de leyes, viene ya inscrito o bosquejado también un *sentido inverso o opuesto*, a saber, el de *una circulación autoprogramada del poder*.

El derecho y el poder político han de poder cumplir funciones el

20. N. Luhmann, *Teoría política del Estado de Bienestar*, Madrid, 1993, p. 66.

uno para el otro antes de poder asumir sus *propias* funciones, a saber, la de estabilización de expectativas de comportamiento y la de toma de decisiones colectivamente vinculantes. Así, el derecho otorga a ese poder que le (al derecho) presta su carácter coercitivo la forma jurídica a la que éste (el poder) debe a su vez su carácter vinculante, y a la inversa. Ahora bien, cada uno de estos dos códigos exige su propia perspectiva: el derecho una perspectiva normativa, y el poder una perspectiva instrumental. Desde la perspectiva del derecho, tanto las políticas como las leyes y medidas han menester de una fundamentación normativa; mientras que éstas, desde la perspectiva del poder, funcionan como medios y restricciones (para la reproducción del poder). Desde la perspectiva de la actividad legislativa y de la administración de justicia, el trato con el derecho es un trato normativo; desde la perspectiva del mantenimiento del poder, a ello responde un trato instrumental con el derecho. Desde la perspectiva del poder la circulación de la actuación normativa de la sociedad sobre sí misma, programada por vía de leyes, cobra el sentido opuesto, a saber, el de una circulación autoprogramada del poder: la Administración se programa a sí misma al gobernar el comportamiento del público elector, preprogramar al gobierno y al poder legislativo y funcionalizar a la administración de justicia.

Ese movimiento de sentido contrario, implícito ya, o inscrito ya conceptualmente en el propio medio a través del cual la sociedad habría de operar sobre sí misma en términos jurídico-administrativos, no ha hecho sino volverse cada vez más visible en el curso de la evolución del Estado social, e incluso de forma bien tangible empíricamente. Pues mientras tanto ha quedado claro que los instrumentos administrativos con que se ponen en práctica los programas del Estado social no representan en modo alguno un medio pasivo, un medio, por así decir, sin propiedades. Porque, en efecto, el Estado intervencionista se ha cerrado hasta tal punto sobre sí como un subsistema centrado en sí mismo y regido por el medio poder y ha logrado desplazar hasta tal punto hacia su (del subsistema político) entorno los procesos de legitimación, que lo mejor es introducir también una modificación en la idea normativa de autoorganización de la sociedad. Por eso propongo, ateniéndome a la doble perspectiva normativo-instrumental que acabo de mencionar, proceder a una distinción en el concepto mismo de lo político[21].

Podemos distinguir entre un poder *comunicativamente generado* y un poder *empleado administrativamente*. En el espacio público político se encuentran y entrecruzan entonces dos procesos que discurren en sentidos contrarios: la generación comunicativa de poder legítimo, de la que H. Arendt proyectó un modelo normativo, y ese

21. J. Habermas, *Die Neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt a. M., 1985.

buscarse, ese procurarse, ese crearse legitimación el sistema político, con el que el poder administrativo se torna reflexivo. La cuestión de cómo se entrecruzan y se compenetran esos dos procesos, el de formación espontánea de la opinión en los espacios públicos autónomos y el de la búsqueda organizada de lealtad de la población por parte del sistema político, y la cuestión de quién vence a quién, son cuestiones empíricas. A mí me interesa sobre todo el que en la medida en que esta diferenciación se torna empíricamente relevante, también ha de cambiar la comprensión normativa de una autoorganización democrática de la comunidad jurídica.

VI

(1) Por de pronto plantéase la cuestión del modo como puede efectuarse esa actuación sobre sí. Cómo puede ser programado el sistema administrativo mediante políticas y leyes surgidas de procesos públicos de formación de la opinión y la voluntad, se convierte en todo un problema habida cuenta de que el sistema administrativo ha de traducir a su propio lenguaje los datos normativos que recibe. La Administración, que opera en el marco de las leyes, obedece a sus propios criterios de racionalidad; desde la perspectiva del empleo de poder administrativo no cuenta la «razón práctica» de la aplicación de normas sino la eficacia de la implementación de un programa dado. Así, el sistema administrativo se comporta con el derecho principalmente en términos instrumentales; las razones normativas que en el lenguaje del derecho justifican las políticas elegidas y las normas establecidas, en el lenguaje del poder administrativo se consideran racionalizaciones suministradas para justificar *a posteriori* decisiones inducidas con anterioridad. Sin embargo, el poder político permanece remitido a razones normativas; esto se explica por el carácter y forma jurídica que tiene ese poder. Las razones normativas constituyen, por tanto, la moneda en que se hace valer el poder comunicativo. Por la relación entre la Administración y la economía nos resulta conocido el patrón de la regulación o control indirectos, es decir, del ejercicio de influencia sobre mecanismos de autorregulación o autocontrol (por ejemplo, «Ayuda a la autoayuda»). Quizá este modelo pueda transferirse a la relación entre espacio público democrático y Administración. El poder legítimo generado comunicativamente puede operar sobre el sistema político tomando a su propio cargo el *pool* de razones a las que ha de recurrir el poder administrativo para racionalizar sus decisiones. Pues no «vale» todo, ni es «posible» todo lo que sería factible para el sistema político si el espacio público político y la comunicación política que se le (al sistema político) anteponen y a los que ha de remitirse han devaluado

discursivamente mediante contrarrazones las razones normativas que él aduce a la hora de justificar sus decisiones.

Además plantéase la cuestión de la posibilidad de una democratización de los procesos mismos de formación de la opinión y la voluntad. Las razones normativas sólo pueden alcanzar una eficacia reguladora de tipo indirecto en la medida en que la producción de estas razones no venga regida, por su parte, por el sistema político. Pues bien, los procedimientos democráticos del Estado de derecho tienen el sentido de institucionalizar formas de comunicación necesarias para la formación de una voluntad racional. O en todo caso, bajo este punto de vista puede ser sometido a una evaluación crítica el marco institucional en el que hoy se desarrolla el proceso de legitimación. Con fantasía institucional puede considerarse además cómo habría que complementar las instancias parlamentarias existentes con instituciones que expusiesen al Ejecutivo, e incluso a la Justicia, a una más fuerte coerción legitimatoria (a una mayor necesidad de dar justificaciones) por parte, respectivamente, de la «clientela» afectada y del espacio público jurídico. Pero el problema más difícil consiste en cómo autonomizar la formación ya institucionalizada de la opinión y la voluntad. Pues tal formación de la opinión y la voluntad sólo genera poder comunicativo en la medida en que las decisiones mayoritarias satisfagan a las condiciones señaladas por Fröbel, es decir, se produzcan discursivamente.

La conexión interna que hemos supuesto entre formación de la voluntad política y formación de la opinión sólo puede asegurar la esperada racionalidad de las decisiones si dentro de los organismos parlamentarios las deliberaciones no discurren bajo premisas que le vengan dadas o impuestas de antemano ideológicamente. A esto se ha reaccionado en el sentido de una interpretación liberal-conservadora del principio de representación, a saber, proponiendo un cierto encapsulamiento y protección de la política organizada frente a la opinión popular, siempre seducible. Pero consideradas las cosas normativamente, esta defensa de la racionalidad contra la soberanía popular es contradictoria: si la opinión de los electores es irracional, entonces la elección de los representantes no lo es menos. Este dilema conduce la atención hacia la relación, no tematizada por Fröbel, entre la formación de la voluntad política, institucionalizada, que conduce a la toma de decisiones (en este nivel hay que incluir también las elecciones generales) y el entorno que constituyen esos procesos informales de formación de opinión, no institucionalizados porque no se ven sometidos a la coerción de acabar en decisiones. Los propios supuestos de Fröbel obligan a sacar la conclusión de que los procedimientos democráticos jurídicamente estatuidos sólo pueden conducir a una formación racional de la voluntad, en la medida en

que la formación organizada de la opinión, que dentro del marco de los organismos estatales conduce a decisiones de las que las respectivas instancias se responsabilizan, permanezca permeable a los valores, temas y argumentos, libremente flotantes, de una comunicación política de tipo envolvente y ambiental, que, como tal, no puede *organizarse* en conjunto.

En última instancia la expectativa normativa de resultados racionales se funda, pues, en la interacción entre la formación institucionalmente organizada de la voluntad política y las corrientes de comunicación espontáneas de un espacio público no distorsionado por relaciones de poder, de un espacio público no programado para la toma de decisiones y en este sentido «no organizado». «Espacio público» opera en este contexto como un concepto normativo. Las asociaciones libres constituyen los nudos de una red de comunicación que surge del entretejimiento de espacios públicos autónomos. Tales asociaciones están especializadas en la generación y difusión de convicciones prácticas, es decir, en descubrir temas que sean relevantes para la sociedad global, en hacer contribuciones a las posibles soluciones de los problemas, en interpretar valores, en producir buenas razones, en devaluar otras. Sólo pueden resultar eficaces de forma indirecta, es decir, introduciendo desplazamientos en los parámetros de la formación organizada de la opinión y la voluntad a través de un cambio de actitudes y valores que pueda acabar afectando a mayorías. El que este tipo de consideraciones no han perdido del todo el contacto con la realidad social muéstrase en la creciente relevancia que para el comportamiento electoral de la población tienen esos súbitos cambios de opinión, un tanto opacos, de tipo político y cultural. Pero aquí sólo van a interesarnos las implicaciones normativas de esta descripción.

(2) Partiendo de H. Arendt, A. Wellmer ha descrito la estructura autorreferencial de esa práctica pública de la que surge el poder comunicativo[22]. Esta praxis comunicativa ha de encargarse de la tarea de estabilizarse a sí misma; con toda contribución central el discurso público ha de mantener presente el sentido de un espacio público político no distorsionado a la vez que la meta de una formación democrática de la voluntad. Continuamente, pues, el espacio público se tematiza a sí mismo en lo concerniente a sus funciones. Pues las presuposiciones de existencia de una práctica no organizable no pueden venir aseguradas, si no es por esa misma práctica. Las instituciones de la libertad pública descansan sobre el vacilante suelo de

22. H. Arendt, «Sobre la violencia», en Id., *Crisis de la República*, Madrid, 1973; J. Habermas, «El concepto de poder de Hannah Arendt», en Id., *Perfiles filosófico-políticos*, Madrid, 1975, pp. 205-223.

la comunicación política de aquellos que, al hacer uso de ellas, las interpretan a la vez que las defienden. Este modo de una *reproducción autorreferencial* del espacio público político delata el lugar al que se ha retraído, es decir, en el que hoy se cifra, la expectativa o esperanza de una autoorganización soberana de la sociedad. La idea de soberanía popular queda así «des-sustancializada». Aunque habría que añadir que todavía resulta quizá demasiado concretista la idea de que una red de asociaciones pudiera ocupar (como sede vacante de la soberanía, por así decir) el lugar de ese «pueblo» en persona, del que nos hemos despedido.

La soberanía, enteramente dispersa, ni siquiera se encarna en las cabezas de los miembros asociados, sino —si es que todavía se quiere seguir hablando de encarnaciones— en esas formas de comunicación carentes de sujeto que regulan de tal suerte el flujo de la formación discursiva de la opinión y la voluntad, que sus resultados falibles tienen a su favor la presunción de razón práctica. Una soberanía popular exenta de sujeto (esto es, no asociada a sujeto alguno), que se ha vuelto anónima, que queda así disuelta en términos intersubjetivistas, se retrae, por así decir, a los procedimientos democráticos y a los exigentes presupuestos comunicativos de la implementación de esos procedimientos democráticos. Es una soberanía que se sublima y reduce a esas interacciones difícilmente aprehensibles que se producen entre la formación institucional de la voluntad organizada en términos de Estado de derecho y los espacios públicos políticos culturalmente movilizados. Esta soberanía, comunicativamente fluidificada, se hace valer en el poder que desarrollan los discursos públicos, en el poder que brota de los espacios públicos autónomos, pero ha de tomar forma en las resoluciones de instituciones democráticamente organizadas de formación de la opinión y la voluntad porque la responsabilidad de las decisiones importantes en la práctica, exige que esas decisiones se puedan imputar con claridad a esta o aquella institución. El poder comunicativo es ejercido a modo de un asedio. Influye sobre las premisas de los procesos de deliberación y decisión del sistema político, pero sin intención de asaltarlo, y ello con el fin de hacer valer sus imperativos en el único lenguaje que la fortaleza asediada entiende: el poder comunicativo administra el acervo de razones, a las que, ciertamente, el poder administrativo recurrirá (y tratará) en términos instrumentales, pero sin poder ignorarlas, estando estructurado como está en términos jurídicos.

Ciertamente, tampoco una «soberanía popular» procedimentalizada en estos términos podrá operar sin el respaldo de una cultura política que le resulte afín, no podrá operar sin apoyarse en las mentalidades de una población *habituada* a la libertad, mentalidades que vendrán configuradas y mediadas por la tradición y la socialización: no es posible una formación racional de la voluntad política si no viene propiciada y fomentada por un mundo de la vida racionalizado. Pero si tras esta tesis no ha de ocultarse de nuevo ese *ethos*, esa exigencia de virtud, esa exigencia de ciudadanos virtuosos de la tradición republicana, por la que los ciudadanos de carne y hueso se han visto desde siempre moralmente desbordados, habrá primero que explicar precisamente lo que el aristotelismo político se procura con ese concepto de *ethos*; es decir, habremos de explicar cómo en principio es posible que la moral ciudadana y el interés de cada cual se entrelacen entre sí. Para que el comportamiento político normativamente sugerido, y aun exigido, sea *exigible* de verdad, esto es, sea exigible en el sentido de poder ser suponible, sin que tal suposición represente ningún exceso, la sustancia moral de la autolegislación que en Rousseau casi se contraía compactamente a un único acto habrá de descomponerse y desgranarse en múltiples pequeñas partículas a través de muy distintos niveles y etapas del proceso procedimentalizado de formación de la opinión y la voluntad. Habrá que mostrar que la moral política sólo es tenible ya, no en billetes de alto valor, sino en calderilla[23]. A este respecto, habré de conformarme con un par de consideraciones ilustrativas.

¿Por qué los diputados habrían de hacer depender sus decisiones de juicios formados de manera más o menos discursiva, como queremos suponer, en lugar de servirse de las razones legitimantes sólo como un aderezo añadido *a posteriori*, es decir, en lugar de simplemente pretextar razones legitimantes? Respuesta: porque las instituciones están estructuradas de suerte que por lo general los diputados no quieren quedar expuestos a la crítica de sus electores, ya que los representantes pueden ser sancionados por los electores en las próximas elecciones, mientras que ellos no disponen frente a éstos de medios de sanción comparables. Pero, ¿por qué los electores habrían de hacer depender su voto de una opinión pública más o menos discursivamente fundada, como queremos suponer, en lugar de no preocuparse en absoluto de razones legitimadoras? Respuesta: porque en general, al emitir su voto, no tienen más remedio que elegir entre los objetivos altamente generalizados y perfiles confusos de partidos populares, y porque sólo pueden hallar representación para, y hacer valer, sus propios intereses a la luz de intereses que en la disputa pública hayan sido objeto de una generalización previa. Pero, ¿no son ambas suposiciones o ambos presupuestos, a saber, la suposición de comportamiento más o menos discursivo-racional por parte del diputado y la suposición o presupuesto de comportamiento más o menos discursivo-racional por parte del elector, unas suposiciones o presupuestos carentes de todo realismo? Bien, en el mar-

23. U. Preuss, «Was heißt radikale Demokratie heute?», en Forum für Philosophie Bad Homburg (ed.), *Die Ideen von 1789*, pp. 37-67.

co de nuestra ponderación meramente normativa de alternativas que en principio son posibles, tales presupuestos no son del todo carentes de realismo. Los procedimientos democráticos estatuidos en términos de Estado de derecho, es lo que hemos visto, permiten esperar resultados racionales en la medida en que la formación de la opinión dentro de las instancias parlamentarias permanezca sensible a los resultados de una formación informal de la opinión en el entorno de esas instancias, formación que no puede brotar sino de espacios públicos autónomos. Sin duda, este segundo presupuesto, es decir, el presupuesto de un espacio público político no hipotecado, es un presupuesto carente de realismo; pero bien entendido, no se lo puede calificar de utópico en un sentido peyorativo. Pues podría cumplirse a medida que surgiesen asociaciones formadoras de opinión en torno a las que pudiesen cristalizar espacios públicos autónomos, y, resultando éstos perceptibles como tales, introdujesen cambios en el espectro de los valores, los temas y las razones que en los medios de comunicación de masas, en las organizaciones formales y en los partidos sólo se canalizan a través de relaciones de poder, deslimitando innovadoramente ese espectro a la vez que filtrándolo críticamente. Pero en última instancia la formación, la reproducción y la influencia de tal red de asociaciones dependerá siempre de una cultura política igualitaria y de mentalidad liberal, sensible a los problemas de la sociedad global, de una cultural política ágil, móvil y aun nerviosa, de una cultura política en constante vibración, en una palabra, de una cultura política capaz de resonar.

(3) Supongamos que las sociedades complejas se abriesen a tal democratización básica. Entonces nos veríamos inmediatamente confrontados con esas *objeciones conservadoras* que una y otra vez desde Burke se han sacado a la palestra contra la Revolución Francesa y sus consecuencias[24]. En una última ronda hemos de entrar, pues, en esos argumentos con los que espíritus como De Maistre y De Bonald se vieron en la necesidad de recordar a toda fe en el progreso excesivamente ingenua los límites de lo factible. Ese desmedido proyecto de una autoorganización de la sociedad, éste es el argumento, parece pasar por alto, sin ninguna clase de respeto y con demasiada alegría, el peso que las tradiciones tienen, parece no querer saber nada de lo que, digamos, no puede ser sino producto de un crecimiento orgánico, parece no cuidarse de patrimonios y recursos que están ahí, que son los que son y que no pueden acrecentarse a voluntad. Y en efecto, las consecuencias de la comprensión instrumental de una práctica que no habría consistido en otra cosa que en una realización

24. H. J. Puhle, «Die Anfänge des politischen Konservatismus in Deutschland», en *Pipers Handbuch der Politischen Ideen* IV, pp. 255 ss.

de la teoría, han sido destructivas y aun devastadoras. Ya Robespierre contrapone Revolución y Constitución: la Revolución estaría para la guerra y para la guerra civil, la Constitución, para la paz victoriosa. Desde Marx hasta Lenin, la intervención de los revolucionarios, iluminada e informada por la teoría, no tendría otra finalidad que la de consumar la teleología de la historia, mantenida en movimiento por las propias fuerzas productivas. Pues bien, este tipo de confianza articulada en términos de filosofía de la historia no encuentra ya apoyo alguno en la soberanía popular procedimentalizada. Después que la razón práctica se nos ha quedado sin sujeto, la progresiva institucionalización de procedimientos de formación racional de la voluntad colectiva no puede entenderse como una actividad final, es decir, no puede entenderse en términos teleológicos, es decir, como una especie de sublimado proceso de producción. Hoy, más bien, el proceso de una *realización*, siempre controvertible, de principios constitucionales universalistas ha cobrado ya continuidad en los propios actos de simple producción legislativa. Los debates que preceden a la toma de decisiones se efectúan bajo condiciones de un cambio social y político-cultural, cuya dirección no puede, ciertamente, venir gobernada por intervenciones planificadoras del sistema político, pero indirectamente sí que puede quedar acelerado o impedido por esas intervenciones. Así, la Constitución ha perdido su elemento estático; aun cuando la letra de las normas permanezca intacta, sus interpretaciones están en flujo.

El Estado democrático de derecho se convierte en proyecto (el cual, a la vez que resultado, es también un catalizador acelerante) de una racionalización del mundo de la vida que apunta mucho más allá de lo político. Único contenido del proyecto es la institucionalización gradualmente mejorada de procedimientos de formación racional de la voluntad colectiva, los cuales no pueden prejuzgar las metas concretas de quienes se implican en ellos. Cada paso por este camino reobra sobre la cultura política y sobre las formas de vida, aunque también es verdad lo inverso, a saber, que si esa cultura política y esas formas de vida no facilitan las cosas (lo cual, ciertamente, no es factible a voluntad) no pueden surgir formas de comunicación que sean adecuadas a la razón práctica.

Tal comprensión culturalista de la dinámica constitucional parece sugerir que la soberanía del pueblo cambiaría ahora de lugar, desplazándose hacia la dinámica cultural de vanguardias formadoras de opinión. Precisamente esta sospecha, más que ninguna otra, acabaría nutriendo la desconfianza contra los intelectuales: ellos dominan el arte de la palabra y no harían otra cosa que estar arrebatando para sí el poder que pretextan estar disolviendo en el medio de la palabra. Pero a una dominación de los intelectuales se opone lo siguiente: el poder comunicativo sólo puede tornarse efectivo

comunicativamente, esto es, en el modo de una limitación de, de un poner límites a, el ejercicio o ejecución del poder administrativo, es decir, del poder efectivamente ejercido. Pero tal función de asedio, la opinión pública no institucionalizada sólo puede desempeñarla a su vez por el camino que pasa por una toma de decisiones organizada mediante procedimientos democráticos, es decir, por una toma de decisiones institucionalmente organizada y a la que cabe pedir responsabilidades, es decir, que ha de responder ante todos. Pero más importante aún es la circunstancia de que la influencia de los intelectuales sólo se podría condensar en poder comunicativo bajo unas condiciones que impiden precisamente la concentración de poder. Espacios públicos autónomos sólo podrían cristalizar en torno a asociaciones en la medida en que se impusiese la tendencia hoy visible de una desconexión de la cultura respecto de las estructuras de clase[25]. Los discursos públicos sólo tienen resonancia en la medida en que se difunden, es decir, sólo bajo condiciones de una participación extensa y activa, y a la vez *diseminante* y *dispersante*. Y ésta exige, a su vez, el trasfondo de una cultura política igualitaria, desnuda de todo privilegio debido a educación, de una cultura que se haya intelectualizado a todos los niveles y en toda su latitud.

Ahora bien, esta reflexivización de las tradiciones culturales, de ningún modo tiene que estar bajo el signo de una razón centrada en el sujeto y de una conciencia futurista de la historia. A medida que nos percatamos de la constitución intersubjetiva de la libertad, se desmorona la apariencia de una autonomía entendida en la perspectiva del individualismo posesivo, de una autonomía entendida como autoposesión. Ese sujeto se-afirmante, que quiere disponer de todo, no encuentra ninguna relación adecuada con ninguna clase de tradición. El olfato joven-conservador de Benjamin barruntó en la propia *Kulturrevolution* una conciencia distinta del tiempo, que desde el horizonte de nuestros propios presentes venideros nos hace volver nuestras miradas hacia atrás, hacia las reclamaciones dirigidas a nosotros por las generaciones pasadas. Pero queda en pie una reserva. A este querer tener las cosas claras, a esta sobriedad, a esta desnudez de una cultura de masas profana, que sin paliativos se quiere igualitaria, sucumbe no sólo ese *pathos* de sacra desnudez o simplicidad, que querría asegurar rango social sólo a lo profético. La necesaria banalización de lo cotidiano en la comunicación política representa también un peligro para los potenciales semánticos, de los que esa cultura tiene que seguirse nutriendo. Una cultura sin aguijón se vería absorbida por simples necesidades de compensación, es decir, apenas daría abasto para servir de contrapeso a la parte cosificada

25. H. Brunkhorst, «Die Ästhetisierung der Intellektuellen», en *Frankfurter Rundschau* de 18 noviembre 1988.

de la existencia; como dice M. Grefrath, se limitaría a envolver como un tapiz de espuma a la «sociedad del riesgo». Ninguna religión civil, por bien cortada y diseñada que esté, podría impedir esta entropía del sentido[26]. Incluso ese momento de incondicionalidad que insistentemente se expresa en las transcendedoras pretensiones de validez anejas a nuestra comunicación cotidiana, no es suficiente. Un tipo *distinto* de transcendencia es el que se conserva en lo aún no amortizado, en aquello a que aún no se ha dado cobro, en lo aún no penetrado, que la apropiación crítica de nuestras tradiciones religiosas formadoras de nuestra identidad nos abre, y otro tipo *más* de transcendencia es el que encierra la negatividad del arte moderno. Lo trivial ha de poder romperse contra lo absolutamente extraño, abisal, inquietante, que rehúsa ser asimilado a lo que ya entendemos, aun cuando tras eso absolutamente otro no pueda atrincherarse ya ningún privilegio[27].

26. H. Kleger y R. Müller, *Religion des Bürgers*, München, 1986; H. Dubiel, *Zivilreligion in der Massendemokratie*, manuscrito, 1989.
27. Ch. Menke-Eggers, *Die Souveränität der Kunst*, Frankfurt a. M., 1988.

III

CIUDADANÍA E IDENTIDAD NACIONAL (1990)*

Hasta mediados de los años ochenta, la historia parecía haber pasado a un estado cristalino, al estado cristalino de la *posthistoire*. Es la metáfora a la que recurría Arnold Gehlen para referirse a ese curioso sentimiento de que todo cambia, pero nada sucede. *Rien ne va plus*: ya no podía producirse nada realmente sorprendente o nuevo. Bajo la campana de cristal de los imperativos sistémicos, todas las posibilidades parecían haberse reducido ya al reposo, todas las alternativas parecían haberse congelado, y las opciones aún abiertas parecían haberse tornado irrelevantes. Mientras tanto este estado de ánimo parece haber experimentado un vuelco. La historia se ha puesto otra vez en movimiento, se acelera, incluso se sobrecalienta. Nuevos problemas desplazan a las viejas perspectivas. Y lo que es más importante, incluso abren nuevas perspectivas de futuro desde las que otra vez percibimos alternativas de acción.

Tres movimientos históricos de esta nuestra actualidad que se ha vuelto móvil afectan a la relación entre ciudadanía e identidad nacional: (1) La reunificación alemana, la liberación de los Estados de la Europa Oriental de la tutela soviética y los conflictos entre nacionalidades que se han desencadenado en toda la Europa del Este, confieren a la cuestión del futuro del Estado nacional una inesperada actualidad. (2) El desarrollo de la Comunidad Europea, con la cesura que representa el mercado interior común que entrará en vigor en 1993, ilumina la relación entre Estado nacional y democracia: los procesos democráticos, articulados en términos de Estado nacional, van irremediablemente a la zaga de una integración económica efectuada en términos supranacionales. (3) Los gigantescos movimientos migrato-

* Publicado como monografía en Erker-Verlag, St. Gallen, 1991.

rios desde las regiones pobres del Este y del Sur, con los que la Europa Occidental se verá confrontada en los próximos años, dan al problema de los refugiados una nueva dimensión y urgencia. Con ese problema se agudiza la pugna entre los principios universalistas del Estado democrático de derecho, por un lado, y las pretensiones particularistas de integridad de las formas de vida en que se ha crecido, por otro.

Estos tres temas nos dan ocasión de aclarar conceptualmente algunos puntos de vista normativos, desde los que podemos entender mejor la compleja relación entre ciudadanía e identidad nacional[1].

I. PASADO Y FUTURO DEL ESTADO NACIONAL

Lo sucedido en Alemania y en los países del Este de Europa ha dado un nuevo giro a una discusión que en la República Federal de Alemania venía desarrollándose desde hacia ya tiempo acerca del camino hacia una «sociedad posnacional»[2]. Muchos intelectuales, por ejemplo, han lamentado el déficit democrático de un proceso de unificación que se ha efectuado a nivel administrativo y a nivel económico, sin participación de los ciudadanos; hoy se ven expuestos al reproche de «arrogancia del posnacional». Esta controversia acerca del modo y ritmo de la unificación estatal alemana no sólo se alimenta de los contrapuestos estados de ánimo de los partidos en pugna, sino que también se explica por la falta de claridad en los conceptos. Una de las partes entiende la entrada de los nuevos cinco *Länder* en la República Federal de Alemania como el restablecimiento de la unidad de un Estado nacional roto hace cuatro decenios; desde este punto de vista la nación se presenta como la unidad prepolítica de una comunidad histórica de destino. La otra entiende la unificación estatal como el restablecimiento de la democracia y el Estado de derecho en un territorio en donde desde 1933 los derechos ciudadanos habían quedado de uno u otro modo derogados; desde este punto de vista la vieja República Federal era, no menos que la nueva, una nación de ciudadanos. Pero si se recurre a esta terminología republicana el concepto de Estado-nación pierde justamente esas connotaciones prepolíticas-étnicas que han acompañado a la expresión «Estado nacional» en el época moderna. Esta disolución de las ligaduras semánticas entre ciudadanía e identidad nacional toma en cuenta el hecho de que, con el tránsito de la Comunidad Europea a una Unión política, la forma clásica del Estado

1. Agradezco a Ingeborg Maus y Klaus Günther sus observaciones críticas y sus sugerencias.

2. P. Glotz, *Der Irrweg des Nationalstaats*, Stuttgart, 1990; J. Habermas, *Vergangenheit als Zukunft*, Zürich, 1991.

nacional se encuentra en disolución. Es lo que nos enseña una mirada retrospectiva sobre la historia de su nacimiento a principios del mundo moderno.

En la Edad Moderna europea no pudo estabilizarse la forma de un *imperio* unificador de múltiples pueblos, figura que pervivió en las formas del viejo *Reich* alemán o del imperio ruso y del imperio otomano[3]. Una segunda estructura, una estructura federativa de formación de Estados, es la que surgió de grupos de ciudades del Medievo. Sobre todo en Suiza se desarrolló una *federación* que es lo suficientemente fuerte como para equilibrar y neutralizar las tensiones étnicas de una liga multicultural de ciudadanos. Pero sólo la tercera forma, el *Estado territorial* administrado en términos centralistas, consiguió a largo plazo fuerza estructuradora en la formación del sistema de Estados europeos. Como sucedió en los casos de Portugal, España, Inglaterra y Suecia, el Estado territorial surgió primero de reinos, adoptando después la forma de Estado nacional en el curso de una democratización conforme al modelo francés. Esta formación estatal aseguró las condiciones-marco en las que pudo desarrollarse a nivel mundial el sistema económico capitalista. Pues el Estado nacional constituyó la infraestructura para una administración disciplinada en términos de Estado de derecho y tomó a su cargo garantizar un espacio de acción individual y colectiva, exento de Estado y ajeno al Estado. Y lo que más nos interesa, creó la base para la homogeneidad cultural y étnica, sobre las que desde fines del siglo XVIII pudo ponerse en marcha la democratización del Estado, si bien a costa de la represión y exclusión de minorías nacionales. El Estado nacional y la democracia surgieron de la Revolución Francesa como dos gemelos. Y culturalmente se hallan bajo la sombra del nacionalismo.

Esta conciencia nacional es un fenómeno específicamente moderno de integración cultural. La conciencia política de pertenencia a una nación surge de una dinámica que sólo pudo apoderarse de la población cuando ésta había sido ya arrancada de una red de lazos sociales de tipo estamental mediante procesos de modernización económica y social, es decir, cuando había sido movilizada a la vez que los individuos habían quedado sueltos y aislados. El nacionalismo es una forma de conciencia que presupone una apropiación de las tradiciones culturales filtrada por la historiografía y la reflexión. Surge en el público burgués culto y se difunde por los canales de la moderna comunicación de masas. Ambas cosas confieren al nacionalismo rasgos artificiales; y es su lado de «constructo» lo que de por sí convierte al nacionalismo en accesible a un abuso manipulador por las élites políticas.

La historia del nacimiento del Estado nacional se refleja en la

3. Cf. sobre lo que sigue M. R. Lepsius, «Der europäische Nationalstaat», en Id., *Interessen, Ideen und Institutionen*, Opladen, 1990, pp. 256 ss.

historia del concepto de «nación»[4]. Los romanos llamaban *Natio* a la diosa del nacimiento y del origen. «Nación» se refiere, al igual que *gens* y *populus*, y por oposición a *civitas*, a pueblos (con frecuencia pueblos «salvajes», «bárbaros», o «gentiles») que todavía no están organizados como asociaciones políticas. *Nationes* son, conforme al empleo que de este término se hace en la Antigüedad clásica, comunidades de origen que vienen integradas geográficamente por comunidad de asentamiento o por relaciones de vecindad, y culturalmente por tener una lengua común y costumbres y tradiciones comunes, pero que todavía no están integradas políticamente mediante una forma estatal de organización. Este significado de «nación» se mantiene durante el Medievo y en el siglo XV penetra en las lenguas vulgares. Incluso Kant dice todavía: «Aquella multitud que mediante descendencia común se reconoce unida formando un todo civil, es lo que se llama nación (*gens*)». Pero a principios del mundo moderno aparece un uso del término «nación» que compite con el primero: la nación como portadora de la soberanía. Los estamentos representan a la «nación» frente al «rey». Desde mediados del siglo XVIII se entrejuntan y ensamblan los dos significados de «nación» en el sentido de comunidad de descendencia y «población de un Estado». Con Sieyès y la Revolución Francesa la «nación» se convierte en fuente de la soberanía estatal. A toda nación le asistiría, pues, el derecho a autodeterminarse políticamente. El contexto de pertenencia étnica queda sustituido por una comunidad democrática de voluntad, por una comunidad basada en una voluntad democrática común.

Con la Revolución Francesa, el significado de «nación» se transformó, por tanto, de una magnitud prepolítica en un rasgo que era elemento constitutivo de la identidad política de los ciudadanos de una comunidad democrática. A fines del siglo XIX la relación de condición entre identidad nacional adscrita y ciudadanía adquirida, democráticamente constituida, puede incluso invertirse. Así por ejemplo, la famosa frase de Ernest Renan «La existencia de una nación es... un plebiscito de todos los días» pertenece ya a un contexto dirigido *contra* el nacionalismo. Tras 1871 Renan puede rechazar las reclamaciones del *Reich* alemán sobre Alsacia invocando la nacionalidad francesa de la población, pero sólo puede hacerlo porque entiende la «nación» como una nación de ciudadanos y no como una comunidad de descendencia. La nación de ciudadanos encuentra su identidad no en rasgos comunes de tipo étnico-cultural, sino en la praxis de ciudadanos que ejercen activamente sus derechos democráticos de participación y comunicación. Aquí, la componen-

4. Cf. El artículo «Nation», en *Historisches Wörterbuch der Philosophie* VI, pp. 406-414.

te republicana del concepto de ciudadanía se disocia por entero de la pertenencia a una comunidad prepolítica integrada por descendencia, tradición compartida y lengua común. Considerada desde este cabo, la fusión inicial de conciencia nacional y mentalidad republicana sólo tuvo una función catalizadora.

El nacionalismo mediado por la conciencia histórica y por el romanticismo, es decir, mediado a la vez en términos científicos y literarios, fundó una identidad colectiva que resultó *funcional* para el papel de ciudadano surgido en la Revolución Francesa. Pues en el crisol de la conciencia nacional los rasgos adscriptivos de descendencia transmutáronse en otros tantos ingredientes de una apropiación consciente de la tradición. La nacionalidad adscrita por origen se convierte en un nacionalismo adquirido, en una figura del espíritu constituida por propia iniciativa. El nacionalismo pudo fomentar la identificación con un papel que exigía un alto grado de compromiso personal e incluso el sacrificio de sí mismo: el servicio militar obligatorio era sólo el reverso de los derechos ciudadanos. En la disponibilidad a luchar y morir por la patria acreditábanse por igual conciencia nacional y mentalidad republicana. Ello explica la relación de complementariedad en que originalmente se hallan nacionalismo y republicanismo: lo uno se convierte en vehículo del nacimiento de lo otro.

Pero esta conexión psico-social no es una conexión conceptual. La independencia nacional y la autoafirmación colectiva frente a las naciones extrañas pueden entenderse como una forma colectivista de libertad. Esta libertad nacional no coincide con la libertad genuinamente política de los ciudadanos en el interior. De ahí que más tarde la comprensión moderna de esta libertad republicana pueda de nuevo desligarse del seno de la conciencia de libertad nacional, de la que surgió. El Estado nacional había fundado, pero sólo transitoriamente, una estrecha conexión entre *ethnos* y *demos*[5]. Pero conceptualmente la ciudadanía fue desde siempre independiente de la identidad nacional.

El concepto de ciudadanía se desarrolla a partir del concepto rousseauniano de autodeterminación. Inicialmente «soberanía popular» se había entendido como una restricción o inversión de la soberanía del príncipe, soberanía ésta que descansaba en un contrato entre pueblo y gobierno. En cambio, Rousseau y Kant no entienden la soberanía popular como un traslado del poder político de arriba a abajo, o como un reparto del poder político entre dos partidos. Para ellos soberanía popular significa la transformación de la dominación política o poder político en *autolegislación*. En lugar de un pacto

5. M. R. Lepsius, «Ethnos und Demos», en M. R. Lepsius, *Interessen, Ideen und Institutionen*, pp. 247-255.

histórico, en lugar del *pactum subjectionis*, aparece aquí el contrato social como un modelo abstracto del modo y manera de *constitución* de un poder político que sólo puede legitimarse ya como ejecución de una autolegislación democrática. Con ello la dominación política pierde el carácter de poder o violencia cuasinaturales: de la *auctoritas* del poder del Estado había de eliminarse todo residuo de *violentia*. Conforme a esta idea «sólo la voluntad concordante y unida de todos, en cuanto que cada uno sobre todos y todos sobre cada uno deciden lo mismo... puede ser legisladora» (Kant).

Pero con ello Kant no está haciendo referencia sin más a ninguna universalidad de tipo sustancial, es decir, no está haciendo referencia a una voluntad entendida como sustancia que debiese su unidad a una homogeneidad previa de descendencia y de forma de vida. El consenso disputado y alcanzado en cada caso en una asociación de iguales y libres sólo descansa en última instancia en la unidad de un *procedimiento* sobre el que existe consenso. Este procedimiento de formación democrática de la opinión y de maduración y toma democráticas de decisiones se diferencia en forma de una Constitución articulada en términos de Estado de derecho. En una sociedad pluralista la Constitución expresa un consenso formal. Los ciudadanos quieren regular su convivencia conforme a principios que, por ser en interés de todos por igual, pueden encontrar el asentimiento fundado de todos. Tal asociación viene estructurada por relaciones de reconocimiento recíproco bajo las que cada uno puede esperar ser respetado por todos como libre e igual. Todos y cada uno han de poder encontrar un triple reconocimiento: han de poder encontrar igual protección e igual respeto (*a*) en su integridad como individuos incanjeables, (*b*) en su calidad de miembros de un grupo étnico o cultural, (*c*) en su condición de ciudadanos, esto es, de miembros de la comunidad política. Esta idea de una comunidad política que se determina a sí misma ha quedado jurídicamente plasmada de formas muy diversas en las Constituciones, y en general en los sistemas políticos de la Europa Occidental y de Estados Unidos.

Pero en el lenguaje de los juristas «ciudadanía», *citoyenneté* o *citizenship* sólo ha tenido durante mucho tiempo el sentido de «pertenencia a un Estado» o de «nacionalidad»; sólo recientemente ha sido ampliado el concepto en el sentido de un *status* de ciudadano, circunscrito por los derechos civiles[6]. La nacionalidad o ciudadanía, en el sentido de *pertenencia a un Estado*, regula la atribución de personas a la población de un Estado cuya existencia viene reconocida por el derecho internacional. Con independencia de la organización interna del poder del Estado, esta definición de pertenencia,

6. Sobre lo que sigue cf. R. Grawert, «Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft»: *Der Staat* 23 (1984), pp. 179-204.

junto con la determinación territorial del ámbito de soberanía estatal, sirve al deslinde social de los Estados. Conforme a la autocomprensión del Estado democrático de derecho como una asociación de ciudadanos libres e iguales, la «nacionalidad» en el sentido de «pertenencia a un determinado Estado» está ligada al principio de voluntariedad. Las notas adscriptivas habituales de lugar de residencia y de nacimiento (*ius soli et ius sanguinis*) no fundan ninguna irrevocable sumisión a la soberanía de un Estado. Sólo pueden servir ya de criterios administrativos a la hora de atribuir una supuesta aceptación o asentimiento implícito con el que se corresponde el derecho a la emigración o el derecho a renunciar a una determinada «nacionalidad»[7].

Pero hoy los términos «ciudadanía» o *citizenship* se utilizan no solamente para significar la pertenencia a la organización que es el Estado, sino también para significar el *status* que, en lo que a contenido se refiere, viene definido por los derechos y deberes ciudadanos. La *Grundgesetz* (Constitución) alemana no reconoce, ciertamente, de forma expresa un *status* ciudadano análogo a la ciudadanía activa suiza[8]; pero apoyándose en el artículo 33, secc. 1 de la *Grundgesetz* la dogmática jurídica ha desarrollado la gavilla de derechos y deberes ciudadanos, en especial los derechos fundamentales, configurando un *status* global entendido de modo similar[9]. Para la concepción republicana el problema de la autoorganización de la comunidad jurídica constituye el punto de referencia y, por tanto, los derechos de participación y comunicación políticas constituyen el núcleo de la ciudadanía. R. Grawert entiende ésta como «la institución o figura jurídica por la que el miembro particular de un Estado

7. P. H. Shuck y R. M. Smith, *Citizenship without Consent*, New Haven, 1985, cap. I. La desconexión entre el sentido normativo que tiene la pertenencia jurídica a un Estado y los rasgos adscriptivos de procedencia no se ha efectuado consecuentemente en todas partes. Por ejemplo, el artículo 116 de la *Grundgesetz* introduce el llamado «alemán de procedencia» que, por su «adhesión a la comunidad de cultura» objetivamente confirmada, pertenece al pueblo alemán aun sin poseer la nacionalidad alemana; este «alemán de procedencia» se encuentra en una situación de privilegio (hoy por lo demás bien controvertida en términos de política constitucional) a la hora de solicitar la nacionalidad alemana.

8. R. Winzeler, *Die politischen Rechte des Aktivbürgers nach schweizerischem Bundesrecht*, Bern, 1983.

9. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, 1990, p. 113: «En tanto que derechos subjetivos los derechos fundamentales definen y aseguran el estado jurídico del particular en los fundamentos que ese estado jurídico tiene; como elementos "objetivos" básicos del orden democrático y del orden que representa el Estado de derecho, insertan al individuo en ese orden, el cual sólo puede cobrar a su vez realidad mediante la actualización de esos derechos. El *status* constitucional del individuo fundado y garantizado por los derechos fundamentales recogidos en la *Grundgesetz* es un *status* jurídico material, es decir, un *status* de contenido concretamente determinado, del que ni el individuo ni los poderes estatales pueden disponer ilimitadamente. Este *status* articulado en términos de derecho constitucional constituye el núcleo del *status* general de ciudadano que junto a los derechos fundamentales... viene determinado por las leyes».

queda incluido como parte activa en el contexto concreto de actividad estatal»[10]. El *status* de ciudadano fija en especial los derechos democráticos de los que el individuo puede hacer reflexivamente uso para *cambiar* su situación, posición o condición jurídica material.

En la filosofía del derecho compiten entre sí dos interpretaciones contrarias de esta ciudadanía activa. En la tradición liberal del derecho natural que procede de Locke cristalizó una comprensión individualista-instrumentalista del papel de ciudadano; y en la tradición republicana de teoría del Estado que se remonta a Aristóteles, una comprensión comunitarista-ética. En el primer caso la ciudadanía se entiende conforme al modelo de la pertenencia a una organización, pertenencia que funda una situación o posición jurídica; y en el segundo conforme al modelo de la pertenencia a una comunidad ético-cultural que se determina a sí misma. Conforme a la primera lectura, los individuos permanecen externos al Estado y contribuyen a la reproducción de éste con determinadas contribuciones —como son, por ejemplo, los votos y los impuestos—, para recibir como contrapartida determinados servicios de la organización estatal. Conforme a la otra lectura, los ciudadanos están integrados en la comunidad política como partes en un todo, de suerte que sólo pueden formar su identidad personal y social en el horizonte de tradiciones comunes y de instituciones políticas reconocidas. Conforme a la lectura liberal, los ciudadanos no se distinguen en lo esencial de personas privadas que hacen valer sus intereses prepolíticos frente al aparato estatal; conforme a la lectura republicana, la ciudadanía sólo se actualiza en la práctica de la autodeterminación colectiva. Charles Taylor describe del siguiente modo estas dos concepciones del ciudadano, que compiten la una con la otra: «Un modelo se centra principalmente en los derechos individuales y en el trato igual, así como en una actividad gubernamental que tenga en cuenta las preferencias del ciudadano. Pues esto es lo que ha de asegurarse. La condición activa de ciudadano consiste principalmente en la capacidad de hacer realidad esos derechos y de asegurar un trato igual, así como de influir sobre quienes toman efectivamente las decisiones... Estas instituciones tienen un significado enteramente instrumental... No se da ningún valor a la participación en el gobierno por mor de sí misma... El otro modelo, en cambio, define la participación en el autogobierno como la esencia de la libertad, como parte de lo que hay que asegurar. Ello es... un componente esencial de la condición de ciudadano... La plena participación en el autogobierno se considera que es capaz, por lo menos a veces, de conducir a la formación de un consenso dominante, en el que uno se puede identificar con los demás. Gobernar

10. R. Grawert, «Staatsvolk und Staatsangehörigkeit», en J. Isensee y P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 1987, pp. 684 ss.

y ser gobernado, estar no siempre abajo, sino a veces también arriba, significa que por lo menos durante algún tiempo los gobernantes somos "nosotros" y no siempre "ellos"»[11].

Aun cuando este modelo totalizante de una comunidad a la que los ciudadanos quedan incorporados en cuerpo y alma no se adecua en muchos aspectos a la política moderna, tiene una ventaja frente al modelo que opera con la sola idea de pertenencia a una organización, conforme al cual los individuos se enfrentan aislados al aparato estatal y sólo están ligados a él mediante esa relación de pertenencia, funcionalmente especificada; la ventaja consiste en lo siguiente: en dejar claro que la autonomía política es un fin en sí que nadie puede realizar por sí solo, es decir, persiguiendo privadamente sus propios intereses, sino que sólo puede realizarse por todos en común por la vía de una praxis intersubjetivamente compartida. La posición jurídica del ciudadano se constituye mediante una red de relaciones igualitarias de reconocimiento recíproco. Exige de cada uno el adoptar perspectivas de participante en primera persona del plural y no sólo la perspectiva de observador, de un observador o actor que se orienta en cada caso por su propio éxito.

Pero las relaciones de reconocimiento jurídicamente garantizadas no se reproducen por sí mismas, han menester de los esfuerzos cooperativos de una práctica ciudadana a la que nadie puede ser obligado mediante normas jurídicas. El derecho coercitivo moderno no se extiende, por muy buenas razones, a los motivos e intenciones de sus destinatarios. Imponer el deber jurídico de una activa puesta en práctica de los derechos democráticos tendría algo de totalitario. Por eso el *status* de ciudadano jurídicamente constituido depende para su desarrollo y ejercicio de la facilitación que le preste un transfondo consonante de motivos e intenciones de un ciudadano orientado al bien común, motivos e intenciones que no pueden forzarse ni urgirse por vía de derecho. El modelo republicano de la ciudadanía nos recuerda que las instituciones de la libertad, aseguradas en términos de derecho constitucional, tendrán o no valor, conforme a lo que de ellas haga una población *acostumbrada* a la libertad, acostumbrada a ejercitarse en la perspectiva de primera persona del plural de la práctica de la autodeterminación. El papel de ciudadano institucionalizado jurídicamente ha de quedar inserto en el contexto de una cultura política habituada al ejercicio de las libertades. De ahí que los comunitaristas insistan en que el ciudadano ha de identificarse «patrióticamente» con su forma de vida. También Taylor postula una conciencia comunitaria o una conciencia de comunidad, que surgiría de la identificación con las tradiciones consciente-

11. Ch. Taylor, «The Liberal-Communitarian Debate», en N. Rosenblum (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Mass., 1989, pp. 178 ss.

mente aceptadas de la propia comunidad político-cultural: «La cuestión es: ¿puede nuestro patriotismo sobrevivir a la marginalización del autogobierno participativo? Como hemos visto, el patriotismo es una identificación común con una comunidad histórica basada en ciertos valores... Pero tiene que ser una comunidad histórica cuyos valores nucleares incorporen la libertad»[12].

Esto parece contradecir nuestra tesis de que entre el republicanismo y el nacionalismo sólo se da una conexión históricamente contingente, pero no una conexión conceptual. Ahora bien, si consideramos más detenidamente las cosas, de la consideración de Taylor sólo se sigue que los principios universalistas de los Estados democráticos de derecho necesitan de algún tipo de anclaje político-cultural. Pues los principios constitucionales sólo pueden cobrar forma en prácticas sociales y convertirse en fuerza impulsora del proyecto dinámicamente entendido de establecer una asociación de libres e iguales si quedan situados de tal suerte en el contexto de la historia de una nación de ciudadanos, que consigan conectar con los motivos, intenciones y actitudes de éstos.

Pues bien, los ejemplos de sociedades multiculturales, como son Suiza y Estados Unidos, muestran que una cultura política, para que en ella puedan echar raíces los principios constitucionales, no necesita en modo alguno apoyarse en una procedencia u origen étnico, lingüístico y cultural, común a todos los ciudadanos. Una cultura política liberal sólo constituye el denominador común de (o el medio cívico-político compartido en que se sostiene) un patriotismo de la *Constitución*, que simultáneamente agudiza el sentido para la pluralidad e integridad de las diversas formas de vida que conviven en una sociedad multicultural. También en un futuro Estado federal europeo habrán de interpretarse *los mismos* principios jurídicos desde las perspectivas de tradiciones nacionales diversas e historias nacionales diversas. La propia tradición de cada uno habrá de ser en cada caso objeto de una apropiación hecha desde un punto de vista relativizado desde las perspectivas de los demás, de suerte que pueda quedar inserta en una cultura constitucional europeo-occidental compartida en términos supranacionales. Un anclaje particularista de *este tipo* no quitaría a la soberanía popular y a los derechos humanos ni una tilde de su sentido universalista. Tenemos, pues, que la ciudadanía democrática no ha menester quedar enraizada en la identidad nacional de un pueblo; pero que, con independencia de, y por encima de, la pluralidad de formas de vida culturales diversas, exige la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común.

12. *Ibid.*, p. 178.

II. ESTADO NACIONAL Y DEMOCRACIA EN LA EUROPA UNIDA

El futuro político de la Comunidad Europea ilumina la relación entre ciudadanía e identidad nacional de un modo distinto. El concepto de ciudadano desarrollado por Aristóteles estaba originalmente cortado a la medida de la ciudad o de las ciudades-estado. La transformación de poblaciones en naciones formadoras de Estado estuvo, como hemos visto, bajo el signo de un nacionalismo que pareció poner en concordancia las ideas republicanas con las dimensiones de los Estados territoriales modernos. En las formas políticas de este Estado nacional se desarrolló el tráfico económico moderno. Y lo mismo que el instituto burocrático que es el Estado, también la economía capitalista desarrolló su propio sentido sistémico. Los mercados de bienes, capitales y trabajo, obedecen a su propia lógica que es independiente de las intenciones de los sujetos. Al igual que el poder administrativo, tal como éste viene encarnado en las burocracias estatales, también el dinero se convirtió en un eficaz medio anónimo de integración de la sociedad, que operaba por encima de las cabezas de los participantes. Esta *integración sistémica* entra en competencia con la *integración social*, que discurre a través de valores, normas y entendimiento intersubjetivo, es decir, que viene mediada por la conciencia de los actores. La *integración política*, que discurre a través de la ciudadanía democrática, constituye un importante aspecto de esa *integración social* general. Por esta razón, capitalismo y democracia se encuentran en una relación de tensión, negada a menudo por las teorías liberales.

El ejemplo de los países en vías de desarrollo demuestra que entre el desenvolvimiento del Estado democrático de derecho y la modernización capitalista, de ningún modo se da una conexión lineal. Tampoco se produjo de manera automática el compromiso que representa el Estado social, que en las democracias occidentales ha venido rigiendo desde finales de la Segunda Guerra Mundial. El desarrollo de la Comunidad Europea expresa de modo distinto la misma tensión entre democracia y capitalismo. En este caso, tal tensión se expresa en el gradiente que se da entre una integración sistémica de economía y Administración, que se produce en el nivel supranacional, y una integración política que sólo se efectúa en el plano del Estado nacional. La forma tecnocrática de la Comunidad Europea viene a corroborar, pues, las dudas que siempre acompañaron a esas expectativas normativas asociadas al papel de ciudadano democrático. Pues tales expectativas, ¿no son ya en buena medida una ilusión incluso dentro de los límites del Estado nacional? ¿Es que aquella simbiosis pasajeramente lograda entre republicanismo y nacionalismo hizo quizá otra cosa que ocultar el hecho de que el concepto de ciudadano sólo vale a lo sumo para el caso subcomplejo de

una comunidad abarcable y étnicamente homogénea, integrada todavía mediante tradición y costumbre?

La «Comunidad Económica Europea» se ha convertido hoy en una «Comunidad Europea» que proclama su voluntad política de formar una «Unión política europea». De una formación o configuración estatal de este tipo, que incluiría a 320 millones de habitantes, sólo tenemos, si prescindimos del caso de la India, el ejemplo de Estados Unidos. Pero Estados Unidos forma una sociedad multicultural que viene unida por una misma cultura política y, sobre todo, por una única lengua. Mientras que la «Unión política europea» representaría un Estado de nacionalidades, y con múltiples lenguas. Esta unión, aun en caso, lo que es todavía discutible, de que se asemejase a un Estado federal, habría de ofrecer, como una federación de Estados particulares parcialmente soberanos, ciertos rasgos de lo que de Gaulle llamó la «Europa de las patrias». Los Estados nacionales, tal como los hemos conocido hasta aquí, habrían de mantener, también en esa Europa, una importante fuerza *configuradora*.

Mas en el camino de espinas de la Unión Europea, los Estados nacionales constituyen un problema, no tanto porque sus pretensiones de soberanía sean insuperables, como porque hasta ahora los procesos democráticos, aunque bien lejos de lo que pretenden ser, sólo funcionan dentro de los límites de estos Estados. En una palabra: el espacio público-político ha permanecido hasta ahora fragmentado en Estados nacionales. De ahí que se imponga la pregunta de si cabe pensar en una ciudadanía europea. Y con ello no sólo me refiero a posibilidades de acción política colectiva que transciendan los límites de los Estados nacionales, sino también a la conciencia del deber de contribuir a un «bien común europeo»[13]. Ya en 1974 Raymond Aron respondía a esta pregunta con un rotundo no. A nivel de regulación y control supranacionales se instaurará con medios jurídicos-administrativos el ancho espacio de un mercado interior europeo, mientras que un Parlamento europeo de competencias muy reducidas habría de seguir casi sin percibirse desde el punto de vista de los espacios públicos políticos de los Estados miembros. Hasta ahora los derechos ciudadanos genuinamente políticos no alcanzan más allá del marco del Estado nacional.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia se orienta por las «cinco libertades del mercado común» e interpreta como derechos fundamentales el libre tráfico de mercancías, la libre circulación de trabajadores, el derecho de establecimiento de las empresas, la libre circulación de servicios, y la libertad de operaciones de pago. Esto responde a las competencias que el Tratado de Roma

13. P. Kielmannsegg, «Ohne historisches Vorbild», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, del 7 de diciembre de 1990.

otorga en su artículo tercero al consejo de ministros y a la Comisión europea. Y esas competencias se explican a su vez por el objetivo señalado en el artículo 9: «Fundamento de la comunidad es una unión aduanera que se extiende a la totalidad de los intercambios comerciales». En la misma dirección se mueven el mercado interior y la proyectada creación de un banco central autónomo. El nuevo nivel de interdependencias económicas permite prever una creciente necesidad de coordinación también en otros campos de la política, como son la política medioambiental, la política fiscal y la social, la política educativa, etc. Y conforme a la misma lógica, a esta necesidad de regulación habría de hacerse frente, a su vez, atendiendo primariamente a criterios de racionalidad económica, es decir, tratando de asegurar unas relaciones paritarias de compentencia. Hasta ahora, de estas tareas vienen encargándose organizaciones europeas que se han convertido en una densa red de instancias administrativas. Las nuevas élites que proveen al cumplimiento de estas tareas funcionales están ligadas formalmente a los gobiernos e instituciones de sus países de procedencia; pero de hecho quedan ya por encima de sus contextos nacionales. Estos funcionarios que trabajan en términos profesionales constituyen una burocracia desligada de procesos de legitimación democrática.

Para los ciudadanos, pues, se vuelve cada vez más ancha la sima entre el quedar afectado por las decisiones y la participación en ellas. Un creciente número de medidas tomadas por encima de los Estados nacionales afecta a cada vez más ciudadanos en ámbitos de la vida cada vez más amplios. Pero como hasta ahora el papel de ciudadano sólo está institucionalizado en términos de Estado nacional, los ciudadanos no tienen hasta el momento ninguna posibilidad efectiva de tematizar las decisiones europeas, ni de influir sobre ellas. M. R. Lepsius constata lapidariamente: «No existe una opinión pública europea»[14]. ¿Constituye esta disparidad un desequilibrio transitorio que cabría remediar mediante una parlamentarización de la expertocracia de Bruselas?, ¿o no ocurre más bien que en estas burocracias que operan conforme a criterios de racionalidad económica no hace más que perfilarse de forma más clara una evolución que desde hace mucho tiempo y de forma incontenible viene produciéndose también dentro de los Estados nacionales, a saber: la autonomización de los imperativos económicos y una estatalización de la política, que socavan el *status* de ciudadano y desmienten su pretensión y su autoconcepción republicanas?

T. H. Marshall estudió, analizando el ejemplo de Inglaterra, la expansión de los derechos y deberes ciudadanos en conexión con la

14. M. R. Lepsius, «Die Europäische Gemeinschaft», conferencia pronunciada en el XX Congreso Alemán de Sociología, Frankfurt a. M., 1990.

modernización capitalista[15]. La división de Marshall de los derechos ciudadanos en derechos «civiles», derechos «políticos» y derechos «sociales» se atiene a una conocida clasificación jurídica. Conforme a ella los derechos liberales de defensa protegen la libertad y propiedad del sujeto jurídico privado frente a las intervenciones ilegales del Estado, los derechos de participación política permiten al ciudadano activo una participación en el proceso democrático de formación de la opinión y la voluntad, y los derechos sociales garantizan al cliente del Estado benefactor unos ingresos mínimos y prestaciones de las instituciones de la seguridad social. Marshall defiende la tesis de que en las sociedades modernas el *status* de ciudadano se ha ido ampliando y consolidando progresivamente. Primero habrían sido los derechos democráticos los que habrían complementado a los derechos negativos de libertad, y después los derechos sociales habrían venido, a su vez, a complementar a esas dos formas clásicas de derechos fundamentales, y ello de suerte que círculos cada vez más amplios de la población habrían ido adquiriendo gradualmente la totalidad de los derechos que hoy definen el *status* de ciudadano.

Aun prescindiendo de muchos detalles históricos, esta sugerencia de un desarrollo que en conjunto discurriría en términos lineales sólo es cierta para aquello a lo que los sociólogos, generalizando, dan el nombre de «inclusión». En una sociedad cada vez más diferenciada funcionalmente son cada vez más las personas que adquieren cada vez más derechos de acceso a, y de participación en, cada vez más subsistemas, ya se trate de mercados, empresas, puestos de trabajo, de cargos, tribunales y ejércitos, de escuelas y hospitales, de teatros y museos, de asociaciones políticas y de medios de comunicación pública, de partidos, de mecanismos de autoadministración o de parlamentos. El individuo ve multiplicada con ello su condición de miembro de organizaciones, y también ve ampliados sus espacios de opción. Pero esta imagen de un progreso lineal se debe a una descripción que permanece neutral frente a los aumentos y pérdidas de autonomía. Esa descripción es ciega para todo lo que se refiere a la utilización efectiva de un papel activo de ciudadano a través del cual el individuo puede introducir un cambio democrático de ese su propio *status*. Pues sólo los derechos de participación política fundan esa posición jurídica reflexiva, autorreferencial, que representa el papel de ciudadano. Los derechos negativos de libertad y los derechos a recibir prestaciones sociales pueden, en cambio, ser otorgados en términos paternalistas. El Estado de derecho y el Estado social son también posibles sin democracia. Pues incluso en los casos en que, como ocurre en el «Estado democrático y social de derecho» de la

15. T. H. Marshall, *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Mass., 1950.

Grundgesetz alemana, los derechos de defensa y los derechos a recibir prestaciones sociales mantienen siempre una doble cara.

Los derechos liberales, que, consideradas las cosas históricamente, cristalizaron en torno a la posición social del propietario privado, pueden entenderse desde puntos de vista *funcionales* como institucionalización de un sistema económico gobernado por el mercado, mientras que desde puntos de vista *normativos* garantizan libertades individuales. Los derechos sociales significan desde puntos de vista *funcionales* la instalación de burocracias de un Estado benefactor, y desde puntos de vista *normativos* garantizan, en términos de compensación, el cumplimiento de las legítimas aspiraciones a una participación justa en la riqueza social. Ciertamente, tanto las libertades individuales como la seguridad que al individuo aportan los derechos sociales, pueden también entenderse como base jurídica de esa independencia individual y social que es menester para que de verdad sea posible una efectiva puesta en práctica de los derechos políticos. Pero éstas son conexiones empíricas, no conexiones conceptualmente necesarias. Pues los derechos de libertad y los derechos sociales pueden también hacer posible una renuncia privatista a la parte activa del papel de ciudadano, con lo que éste quedaría reducido a las relaciones de un cliente con las administraciones de las que ha de recibir las correspondientes prestaciones y auxilios.

El síndrome del privatismo ciudadano y un ejercicio reducido del papel de ciudadano que se quedaría sin más contenido que el que le viene dado desde la perspectiva de la constelación de intereses del «cliente» del Estado social, se tornan tanto más probables cuanto más la economía y el Estado, que vienen institucionalizados a través de esos mismos derechos, despliegan una lógica sistémica propia y empujan a los ciudadanos al papel periférico de simples miembros de una organización. Los sistemas que son la economía y la Administración tienen la tendencia a cerrarse frente a sus entornos y a obedecer solamente a sus propios imperativos de dinero y de poder. Hacen añicos el modelo de una comunidad que se determina a sí misma a través de la práctica política común de los ciudadanos. La idea básica republicana de la integración políticamente autoconsciente de una «comunidad» de libres e iguales es, a todas luces, demasiado concreta y simple para las condiciones modernas, y en todo caso lo es cuando, como base de ella, se piensa en una nación o, incluso, en una comunidad de destino étnicamente homogénea e integrada por tradiciones comunes. Hoy necesitamos un modelo distinto de democracia.

Por fortuna, el derecho es un medio que permite una idea esencialmente más abstracta de autonomía ciudadana. Hoy la soberanía ciudadana del pueblo no tiene otra materialización posible que los procedimientos jurídicamente institucionalizados y los procesos in-

formales (que los derechos fundamentales posibilitan) de una formación más o menos discursiva de la opinión y la voluntad políticas. Parto aquí de que es posible la formación de una red de distintas formas de comunicación que habrían de estar organizadas de suerte que pudiesen contar a su favor con la presunción de resultar capaces de ligar la Administración pública a premisas racionales y, a través de la Administración, disciplinar también al sistema económico desde puntos de vista sociales y ecológicos sin tocar, empero, su propia lógica interna. Se trata de un *modelo de política deliberativa*. Este modelo no parte ya del sujeto en gran formato que sería el todo de una comunidad o una comunidad tomada en conjunto, sino de discursos anónimamente entrelazados entre sí. Hace recaer la carga principal de las mencionadas expectativas normativas sobre los procedimientos democráticos y sobre la infraestructura que para ellos representaría un espacio público político alimentado de fuentes espontáneas. Hoy la masa de la población sólo puede ejercer ya sus derechos de participación política por vía de integrarse en, y ejercer influencia sobre, la circulación informal de la opinión pública, circulación no organizable en conjunto, sino sostenida más bien por una cultura política liberal e igualitaria. Simultáneamente, las deliberaciones en los organismos encargados de tomar decisiones habrían de permanecer porosas a los temas, orientaciones valorativas, contribuciones y programas que les afluyen de una opinión pública política no paralizada por estructuras de poder. Sólo si se produjese tal juego de mutuas dependencias entre la formación institucionalizada de la opinión y de la voluntad política, por un lado, y las comunicaciones públicas informales, por otro, podría la ciudadanía seguir significando hoy algo más que una agregación de intereses particulares prepolíticos y el goce pasivo de derechos paternalísticamente otorgados.

No puedo entrar aquí en los detalles de este modelo[16]. Pero a la hora de enjuiciar las posibilidades de una futura ciudadanía europea, pienso que de la retrospectiva sobre la historia de la institucionalización de los derechos ciudadanos en el marco del Estado nacional, pueden, por lo menos, obtenerse algunos puntos de apoyo empíricos. El esquema conforme al que los derechos ciudadanos se presentan en lo esencial como resultado de luchas de clase, es a todas luces demasiado estrecho[17]. Pues también movimientos sociales de otro tipo, sobre todo migraciones y guerras, supusieron un acicate para el desarrollo de la condición plena de ciudadano[18]. Además factores que estimulan la juridificación de nuevas relaciones de «inclusión», tienen también por consecuencia la movilización política de la población y, por tanto, una activación de los derechos ciudadanos ya existentes. De estos hallazgos y otros similares pueden extrapolarse para la evolución europea cautelosas expectativas optimistas, que, por lo menos, no nos condenan de antemano a la resignación.

16. Cf. más arriba cap. VII, sección II, pp. 492-512.
17. B. S. Turner, *Citizenship and Capitalism*, London, 1986.
18. J. M. Barbalet, *Citizenship*, Stratford, G. B., 1988.

El mercado interior europeo provocará una mayor movilidad horizontal y multiplicará los contactos entre miembros de distintas nacionalidades. Además, la inmigración proveniente de la Europa del Este y de las zonas de pobreza del Tercer Mundo hará aumentar la diversidad multicultural de la sociedad. Esto provocará, sin duda, tensiones sociales; pero estas tensiones, si se elaboran de forma productiva, pueden fomentar una movilización política que dé impulso a movimientos sociales endógenos de nuevo tipo (como el movimiento pacifista, el movimiento ecológico y el movimiento feminista), surgidos ya en el marco del Estado nacional. Esto hará que, cada vez en mayor grado, en el espacio público se aborden temas relevantes para el «mundo de la vida». Simultáneamente crece la presión de problemas para los que sólo puede haber soluciones coordinadas a nivel europeo. En estas condiciones podrían cristalizar contextos de comunicación en espacios públicos de extensión europea, que formasen un contexto favorable, tanto para las instancias parlamentarias de nuevas regiones que se formen a causa de problemas e intereses comunes, como también para un Parlamento Europeo dotado de mayores competencias.

Hasta ahora la política de la Comunidad Europea no constituye, ciertamente, en los Estados miembros un objeto de discusión y controversias a las que quepa atribuir efectos legitimatorios. Los espacios nacionales de opinión pública siguen en buena medida enmamparados o encapsulados unos contra otros. Pues siguen enraizados en contextos en los que las cuestiones políticas sólo cobran significado sobre el trasfondo de las distintas historias nacionales. Pero de estas diversas culturas *nacionales* podría diferenciarse en el futuro una cultura *política* común de alcance europeo. Podría producirse una diferenciación entre una cultura *política* común y las tradiciones *nacionales* en arte y literatura, historia, filosofía, etc., que se diversificaron y ramificaron desde principios del mundo moderno. A las élites culturales y a los medios de comunicación les correspondería, en lo que respecta a tal comunicación, un importante papel. Un patriotismo europeo de la Constitución, a diferencia de lo que ocurre con el americano, habría de surgir de interpretaciones diversas (impregnadas por las distintas historias nacionales) de unos mismos principios jurídicos universalistas. Suiza es un buen ejemplo de cómo puede producirse tal diferenciación de una autocomprensión político-cultural común a partir de las orientaciones culturales de nacionalidades diversas.

Para ello no se necesita tanto un rememorativo asegurarse de los orígenes comunes en el Medievo europeo como una nueva autoconciencia política que responda al papel de Europa en el mundo del siglo XXI. En el ascenso y descenso de los imperios, la historia universal sólo parecía hasta ahora haber concedido a éstos una *única* salida a escena. Éste fue el caso tanto de los imperios del mundo antiguo, como de Estados modernos como Portugal, España, Inglaterra, Francia y Rusia. Como excepción que confirma la regla, a Europa en conjunto se le ofrece hoy una *segunda* oportunidad. Pero tal oportunidad no podrá aprovecharla al estilo de su vieja política de poder y de equilibrios de poder, sino sólo ateniéndose a una premisa distinta, a saber, a un entendimiento no imperialista con otras culturas y a la voluntad de aprender de ellas.

III. INMIGRACIÓN Y CHAUVINISMO DEL BIENESTAR. UN DEBATE

El diagnóstico de Hannah Arendt de que los carentes de hogar, los privados de sus derechos y los refugiados políticos determinarían la característica o marca del siglo XX, se ha confirmado en un grado aterrador. Las *displaced persons* que la Segunda Guerra Mundial dejó tras de sí en el centro de la Europa destruida, hace mucho tiempo que han sido relevadas por los refugiados e inmigrantes, que afluyen del Sur y del Este a la pacífica y opulenta Europa. Los viejos campos de refugiados ya no dan abasto a la inundación de las nuevas olas migratorias. Los expertos en estadísticas cuentan en los próximos años con un número de veinte a treinta millones de inmigrantes sólo de la Europa del Este. Este problema sólo puede tener ya solución mediante una política común de los Estados europeos afectados. Se repite así una dialéctica que a menor escala se había producido ya durante el proceso de la unificación alemana. Los movimientos migratorios transnacionales operan a modo de sanciones que obligan a Europa Occidental a estar a la altura de una responsabilidad que le viene impuesta por la bancarrota del socialismo de Estado. O bien emprende esfuerzos importantes para que las condiciones de vida en las regiones pobres de la Europa Central y del Este mejoren enseguida, o bien se verá inundada por refugiados e inmigrantes. Los expertos discuten acerca de los límites de la capacidad de absorción de las propias economías. Pero la disponibilidad a integrar políticamente a los inmigrantes económicos depende también de cómo perciban las poblaciones autóctonas las consecuencias sociales y económicas de la inmigración. Y sólo éste va a ser aquí nuestro tema. Las reacciones de defensa del radicalismo de derechas contra la invasión de extranjeros han aumentado en toda Europa. Las capas sociales relativamente empobrecidas —bien sea porque es

ahora (al producirse esa invasión) cuando se ven amenazadas por un descenso social, bien sea porque se hayan deslizado ya hacia la zona de los grupos marginales segmentados— se identifican de forma especialmente clara con la ideologizada prepotencia y superioridad del propio colectivo y rechazan todo lo extraño. Éste es el reverso de un chauvinismo del bienestar que se ve crecer por todas partes. Así, el «problema de los refugiados» vuelve a poner de nuevo sobre la mesa la tensión siempre latente entre ciudadanía e identidad nacional.

Un ejemplo son las efervescencias nacionalistas y antipolacas de los nuevos *Länder* de la República Federal Alemana. El *status* recién adquirido de ciudadano de la República Federal de Alemania había quedado asociado en los *Länder* alemanes del Este con la perspectiva de que la frontera del bienestar que caracteriza a la República Federal de Alemania se desplazaría muy pronto al Oder y al Neisse. La nueva ciudadanía adquirida comporta para muchos la satisfacción etnocéntrica de dejar de ser tratados por fin como alemanes de segunda clase. Pero parecen olvidar que los derechos ciudadanos deben su carácter garantizador de la libertad a su contenido de derechos universales del hombre. Ya el artículo cuarto de la Constitución revolucionaria de 1793, que trata del «estado de los ciudadanos», concedía consecuentemente a todo extranjero adulto que residiese durante un año en Francia, no solamente la nacionalidad francesa, sino también los derechos de ciudadanía activa.

En la República Federal de Alemania, al igual que la mayoría de los sistemas jurídicos de Occidente, la posición jurídica del extraño, de los refugiados y de los apátridas, se ha asimilado de todos modos al *status* de ciudadano. Como la arquitectónica de la *Grundgesetz* alemana viene determinada por la idea de derechos humanos, todos cuantos habitan en Alemania gozan de la protección de la Constitución. Los extranjeros tienen, en lo que se refiere a deberes, a prestaciones y a protección jurídica, el mismo *status* que los nacionales; también en lo concerniente a *status* económico se da, con pocas excepciones, un trato igual. El gran número de leyes que no distinguen entre nacionales y extranjeros relativiza la importancia que en la práctica pueda tener la falta de nacionalidad. La componente de derechos humanos que tiene la ciudadanía queda reforzada por derechos supranacionales, en especial por el derecho de ciudadanía europea, incluso en lo que respecta al núcleo de las posibilidades de configuración políticas. Es digno de notarse en este contexto un párrafo de la fundamentación de una sentencia dictada por el Tribunal Constitucional alemán el 31 de octubre de 1990. Esa sentencia declara, ciertamente, contrario a la Constitución el derecho de los extranjeros a votar en los municipios y comarcas; pero en la sentencia se reconoce y admite el principio invocado por los demandantes:

«Esta manera de ver las cosas se basa, evidentemente, en la idea de que el principio democrático, en especial la idea de libertad contenida en él, exige establecer una congruencia entre los portadores de los derechos políticos democráticos y quienes están habitualmente sometidos a una determinada dominación estatal. Esto, como punto de partida, es correcto...»[19].

Estas tendencias lo único que vienen a decir es que del contenido normativo de una ciudadanía que en buena medida ha quedado desacoplada ya de la identidad nacional no pueden obtenerse puntos de vista para una política restrictiva y de entretenimiento en lo tocante a asilo y a concesión de la nacionalidad. Pero es una cuestión abierta la de si la Comunidad Europea hoy, a la espera de grandes corrientes migratorias, puede y debe perseguir una política tan liberal frente a extranjeros e inmigrantes como en su tiempo los jacobinos. La correspondiente *discusión moral*, a la que voy a limitarme, gira en torno al concepto de *special duties*, de esas obligaciones especiales que sólo se dan dentro de los límites sociales de una comunidad. También el Estado constituye una comunidad jurídica concreta que impone deberes especiales a quienes pertenecen a él. Pues bien, no tanto los refugiados como los inmigrantes económicos ponen a los miembros de los Estados europeos ante el problema de si puede defenderse una supremacía de los deberes especiales relacionados con la pertenencia a un Estado, frente a obligaciones universales, es decir, a obligaciones que transcienden las fronteras de un Estado determinado. Recapitularé en cinco pasos esta discusión mantenida entre filósofos.

(*a*) *Deberes especiales* son los que tienen unas determinadas personas para con otras determinadas personas que les «son próximas» como «miembros» de lo mismo, es decir, como miembros de la propia familia, como amigos y vecinos, como conciudadanos de la comunidad política o de la nación. Los padres tienen deberes especiales para con sus hijos, y a la inversa. Las representaciones consulares en el extranjero tiene deberes especiales para con los «nacionales» necesitados de protección, y éstos, a su vez, para con las instituciones y leyes de su país. Y al hablar de deberes especiales hablamos sobre todo de deberes positivos que son indeterminados en la medida en que no exigen un grado de apoyo y solidaridad, de implicación y compromiso, que pueda fijarse con exactitud. No cualquier tipo de ayuda puede exigirse de todo el mundo en cualquier momento. Las obligaciones especiales que resultan de la pertenencia a comunidades concretas pueden entenderse como una adscripción social y una especificación (en lo que a contenido se refiere) de esa clase de deberes que de por sí son indeterminados.

19. *Europäische Grundrechtszeitschrift*, 1990, p. 443.

Desde un punto de vista utilitarista se ha intentado fundamentar los *special duties* sobre la base de la utilidad recíproca que los miembros de una comunidad obtienen unos de otros al prestarse mutuamente auxilio y ayuda. También las naciones y Estados son entendidas como tales «sociedades de mutuo beneficio»[20]. Conforme a este modelo, a todo miembro le cabe esperar que la ganancia que a largo plazo va a obtener de las relaciones de intercambio con otros miembros, sea proporcional a las contribuciones que él mismo hace en sus interacciones con esos otros miembros. Ello justifica una reciprocidad entre deberes especiales y derechos especiales, la cual, por ejemplo, prohíbe que los trabajadores extranjeros queden en situación de subprivilegio. Sin embargo, este modelo no puede fundamentar deberes frente a miembros que no sean capaces de aportar mucho (los impedidos, los enfermos, los ancianos) o frente a personas necesitadas de auxilio, como son los extranjeros que piden asilo. El etnocentrismo instrumental de expectativas mutuas de utilidad sugeriría una política de inmigración, que sólo permitiera el acceso a los extranjeros cuando se dé una fundada perspectiva de que éstos no van a desequilibrar el equilibrio global existente de contribuciones hechas y prestaciones recibidas (por ejemplo, en el sistema de seguridad social).

(*b*) Este resultado contraintuitivo constituye una razón para abandonar el enfoque utilitarista y sustituirlo por otro modelo conforme al que los deberes especiales no tienen su explicación en la recíproca utilidad de un intercambio de aportaciones entre miembros de un colectivo, sino en las operaciones de coordinación de una división moral del trabajo, establecida desde un centro[21]. Pues las obligaciones especiales no varían uniformente con la distancia social, de suerte que las demandas de aquellos que nos son más próximos hubieran de gozar siempre de prioridad sobre las demandas de aquellos que nos quedan más lejos. Esta intuición sólo es cierta para el ámbito más próximo que representan la familia y el vecindario. Pero es engañosa en la medida en que todas las personas allende el círculo inmediato de los conocidos, nos son por igual próximos y lejanos. Estos «extraños» los percibimos normalmente bajo la categoría del «otro», pertenezcan a nuestra misma nación y sean nuestros conciudadanos, o no. Los deberes especiales para con los «otros» no resultan primariamente de la pertenencia a una comunidad concreta. Antes resultan de la coordinación abstracta de la acción que efectúan las instituciones *jurídicas* que adscriben a determinados círculos de personas o a de-

20. R. Goodin, «What is so Special about our Fellow Countrymen?»: *Ethics* 98 (1988), pp. 663-686.
21. H. Shue, «Mediating Duties»: *Ethics* 98 (1988), pp. 687-704.

terminadas instancias obligaciones especiales, con el fin de especificar en sus aspectos sociales y de contenido y de convertir en concretamente vinculantes unos deberes positivos que de otro modo permanecerían indeterminados. Conforme a esta concepción, los deberes especiales resultan de la adscripción institucionalmente mediada de responsabilidades específicas a determinados destinatarios, que actúan en términos de una división moral del trabajo. En el marco de tal división moral del trabajo jurídicamente regulada los límites sociales de una comunidad jurídica sólo tienen la función de regular la distribución de responsabilidades. Esto no significa que nuestras obligaciones acaben en esos límites. Antes los gobiernos nacionales han de cuidarse también de que se cumplan los deberes positivos que los ciudadanos tienen frente a los no-miembros, por ejemplo, frente a quienes solicitan asilo. Pero con ello no se ha respondido todavía a la cuestión de qué tipo de deberes son ésos.

(*c*) El punto de vista moral nos obliga a enjuiciar este problema imparcialmente, es decir, no unilateralmente desde la perspectiva del habitante de una región opulenta, sino también desde el punto de vista de un inmigrante que busca en ella su salvación, o digámoslo de otro modo: una existencia libre y digna del hombre y no sólo asilo político. Como es bien sabido, John Rawls propuso como experimento mental construir una «posición original» en la que todos los que se encuentran en ella ignoran en qué sociedad van a nacer y qué posición van a ocupar en ella. En lo concerniente a nuestro problema, el resultado de un examen moral de este tipo, realizado en la perspectiva de la sociedad mundial, salta a la vista: «Al considerar tras el "velo de ignorancia" las posibles restricciones de la libertad, cada uno no tendría más remedio que adoptar la perspectiva de aquel a quien esas restricciones pondrían en situación más desventajosa, en este caso la perspectiva del extranjero que desea emigrar. Por tanto, en la «posición original» uno tendría que insistir en que el derecho a emigrar quedase incluido en el sistema de las libertades básicas por las mismas razones por las que uno ha de insistir en que el derecho de libertad religiosa quede incluido: ambos podrían resultar esenciales para el propio plan de vida de uno»[22]. Las restricciones legítimas del derecho a la emigración sólo podrían justificarse desde puntos de vista que compitiesen con ése, por ejemplo: apelando a la exigencia de evitar conflictos y cargas de una magnitud tal, que acabasen poniendo seriamente en peligro el orden público o la reproducción económica de la sociedad. Puntos de vista como el de la ascendencia, el lenguaje o la educación, o incluso «el pertenecer, por origen y adhesión, a la

22. J. H. Carens, «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders»: *Review of Politics* 49 (1987), p. 258.

comunidad cultural» del país al que se quiere emigrar, como ocurre en el caso de los llamados «alemanes de procedencia u origen», no podrían justificar privilegio alguno en lo concerniente a inmigración y a obtención de la nacionalidad.

(*d*) Los comunitaristas, en cambio, llaman la atención sobre una circunstancia que se pasa por alto en los planteamientos individualistas que hemos mencionado hasta aquí. Los límites sociales de una comunidad política no tienen sólo un significado *funcional*, como sugiere el modelo de la división moral del trabajo jurídicamente regulada. Antes regulan la pertenencia a una comunidad histórica de destino y a una forma de vida política que es constitutiva de la identidad de los ciudadanos mismos: «La ciudadanía es una respuesta a la cuestión "¿quién soy yo?" y a la cuestión "¿qué he de hacer yo?", cuando tales cuestiones se plantean en la esfera pública»[23]. La pertenencia a una comunidad política funda deberes especiales, tras los que se encierra una identificación patriótica. Este tipo de lealtad va mucho más allá del sentido que cabe atribuir a la validez de deberes jurídicos mediados institucionalmente: «Cada miembro reconoce una lealtad a la comunidad, expresada en la disponibilidad a sacrificar ventajas personales para promover los intereses de la comunidad»[24]. Estas reservas contra una consideración exclusivamente moral y jurídica del problema se apoyan en esa concepción comunitarista del ciudadano a la que ya nos hemos referido. Y es verdad que tal concepción ya no está a la altura de las sociedades complejas, pero subraya, o pone el énfasis en, un componente *ético*, que no puede pasarse sin más por alto.

También el Estado moderno representa una forma de vida política que no se agota en la forma abstracta de una institucionalización de principios jurídicos generales. Esta forma de vida constituye el contexto *político-cultural* en el que han de implementarse los principios universalistas de la Constitución; pues sólo una población acostumbrada a la libertad puede mantener vivas las instituciones de la libertad. De ahí que M. Walzer piense que el derecho a la emigración encuentra sus límites en el derecho de una comunidad política a mantener la integridad de su forma de vida. Conforme a su concepción, el derecho de los ciudadanos a la autodeterminación incluye el derecho a la autoafirmación de la propia forma de vida[25].

(*e*) Sin embargo, este argumento permite dos lecturas contrapuestas. En la lectura comunitarista, hay que imponer al derecho liberal de

23. H. R. van Gunsteren, «Admission to Citizenship»: *Ethics* 98 (1988), p. 752.
24. D. Miller, «The Ethical Significance of Nationality»: *Ethics* 98 (1988), p. 648.
25. M. Walzer, *Spheres of Justice*, New York, 1983, pp. 31-63.

inmigración restricciones normativas adicionales. A las restricciones funcionales que se siguen de las condiciones de reproducción del sistema económico y social, se añaden restricciones que tienen la finalidad de asegurar la sustancia étnico-cultural de la forma de vida de que se trate. Con ello el argumento cobra un sentido *particularista*, conforme al que la ciudadanía no queda, ciertamente, ensamblada con la identidad nacional, pero sí con determinadas identidades culturales, acuñadas por la historia. Así, H. R. van Gunsteren, totalmente en línea con el espíritu de H. Arendt, formula la siguiente condición para la admisión a la ciudadanía en una comunidad democrática: «El aspirante a ciudadano tiene que ser capaz de, y tiene que tener la voluntad de, ser un miembro de esta particular comunidad histórica, con su pasado y su futuro, sus formas de vida y sus instituciones, dentro de las cuales sus miembros piensan y actúan. En una comunidad que valora la autonomía y la capacidad de juicio de sus miembros, esto, evidentemente, no significa exigir pura conformidad. Pero sí significa exigir el conocimiento de la lengua y de la cultura y el reconocimiento de aquellas instituciones que fomentan la reproducción de ciudadanos que son capaces de un juicio autónomo y responsable»[26].

La exigida competencia de «actuar como ciudadanos de esta particular comunidad política (*this particular polity*)» ha de entenderse, empero, de forma muy distinta, a saber, en un sentido *universalista*, tan pronto como la comunidad política misma incorpora principios constitucionales universalistas. La identidad de la comunidad política, que no debe verse afectada en su integridad, tampoco por la inmigración, depende en este caso primariamente de los principios jurídicos anclados en la *cultura política* y no de una particular forma de vida *étnico-cultural*, considerada en conjunto. Y conforme a esto, de los inmigrantes debe esperarse sólo la disponibilidad a introducirse en la cultura política de su nuevo país, pero sin necesidad de tener que abandonar por ello la forma de vida cultural de la que provienen. La exigida *aculturación política* no se extiende al todo de su (de ellos) socialización. Antes los inmigrantes, con sus nuevas formas de vida importadas, pueden ampliar o multiplicar esas perspectivas desde las que ha de interpretarse una Constitución política que, sin embargo, es ahora la común: «La gente vive en comunidades con ligaduras y límites, pero estas ligaduras y estos límites pueden ser de clases diferentes. En una sociedad liberal, las ligaduras y límites han de ser compatibles con principios liberales. La inmigración abierta cambiaría el carácter de la comunidad, pero no dejaría a la comunidad sin carácter alguno»[27].

26. H. R. van Gunsteren, «Admission to Citizenship»: *Ethics* 98 (1988), p. 736.
27. J. H. Carens, «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders»: *Review of Politics* 49 (1987), p. 271.

De la discusión, cuyos principales pasos hemos recogido de (*a*) a (*e*), puede extraerse como conclusión normativa que los Estados europeos deberían ponerse de acuerdo en una política liberal de inmigración. No deberían atrincherarse tras la barrera de un «chauvinismo del bienestar» contra la presión de aquellos que quieren inmigrar o que solicitan asilo. El derecho democrático a la autodeterminación incluye, ciertamente, el derecho a preservar la propia cultura *política*, la cual constituye el contexto concreto para los derechos ciudadanos; pero no incluye el derecho a la autoafirmación de una forma de vida *cultural* privilegiada. En el marco de la constitución de un Estado democrático de derecho pueden coexistir en régimen de plena igualdad múltiples formas de vida. Pero éstas tienen que solaparse en una cultura política común, que, a su vez, permanezca abierta a los impulsos que puedan venirle de nuevas formas de vida aportadas por inmigrantes. Sólo una ciudadanía democrática que no se cierre en términos particularistas puede, por lo demás, preparar el camino para un *status de ciudadano del mundo* o una *cosmociudadanía*, que hoy empieza a cobrar ya forma en comunicaciones políticas que tienen un alcance mundial. La Guerra de Vietnam, los cambios revolucionarios que se han producido en la Europa Central y en la Europa del Este, así como la Guerra del Golfo, han sido los primeros acontecimientos cosmo-políticos (es decir, los primeros acontecimientos de este nuevo espacio político *mundial* global) en sentido estricto. Mediante los medios electrónicos de comunicación de masas esos acontecimientos tornáronse presentes a todos en una esfera o espacio público-político ubicuitario. En relación con la Revolución Francesa Kant pudo referirse a las reacciones de un público participante. Kant pudo identificar el fenómeno de un espacio público mundial que hoy por primera vez se ha convertido en realidad política en un plexo o red de comunicación que abarca a todo el planeta. Incluso las grandes potencias tienen que contar con la realidad de protestas a nivel mundial. Puede afirmarse que se ha iniciado ya la obsolescencia del «Estado de naturaleza» que aún perdura entre Estados belicistas, de cuya supuesta soberanía no queda ya en realidad demasiado. El Estado cosmopolita ya ha dejado de ser un puro fantasma, aun cuando nos encontremos todavía bien lejos de él. El ser ciudadano de un Estado y el ser ciudadano del mundo constituyen un *continuum* cuyos perfiles empiezan ya al menos a dibujarse.

EPÍLOGO A LA CUARTA EDICIÓN, REVISADA*

En cierto modo un autor sólo se entera de lo que ha dicho con su texto por la respuesta de los lectores. Eso le vuelve también consciente de lo que pensaba haber dicho y, por tanto, le da la oportunidad de expresar con más claridad lo que había querido decir. En esta situación me encuentro apenas un año después de haber aparecido este libro, y tras la lectura de una serie de recensiones inteligentes, la mayoría de ellas benevolentes, y todas ellas instructivas. Ciertamente, el intérprete goza de la ventaja de entender mejor un texto que el autor mismo; pero a éste puede serle permitida en ocasiones la oportunidad de intentar en el papel de un intérprete recapitular las ideas que conforme a su comprensión determinan la estructura del todo. Por esta vía pueden aclararse también algunas de las objeciones que se me han hecho.

I

El derecho moderno viene formado por un sistema de normas coercitivas, positivas y —ésta es al menos su pretensión— garantizadoras de la libertad. Las propiedades formales que representan la coerción y la positividad se unen con la pretensión de legitimidad: la circunstancia de que las normas provistas de amenazas de sanción estatal provengan de las resoluciones cambiables de un legislador político, queda vinculada con la expectativa de que garanticen la autonomía a todas las personas jurídicas por igual. Esta expectativa

* La Bibliografía de la edición alemana fue elaborada por Sebastian Knell. [Revisión y acomodación para la edición española de Francisco Serra (*N. del E.*).]

de legitimidad se entrelaza con la facticidad de la producción legislativa y con la facticidad de la imposición del derecho. Y esto se refleja a su vez en el ambivalente modo de validez del derecho. Pues el derecho moderno se vuelve a sus destinatarios ofreciendo una doble cara: les deja la libre opción, o bien de considerar las normas jurídicas sólo como mandatos en el sentido de restricciones fácticas de su propio espacio de acción y de abordar en términos *estratégicos* las consecuencias calculables de las transgresiones posibles de las normas, o bien de considerar esas mismas normas en actitud *realizativa* como preceptos dotados de validez y obedecerlas «por respeto a la ley». La validez de una norma jurídica se da cuando el Estado garantiza a la vez las dos cosas siguientes: se cuida, por un lado, de que por término medio, y en caso necesario recurriendo a sanciones, la norma sea obedecida, y garantiza, por otro lado, las condiciones institucionales para que la norma se produzca en términos de legitimidad, de suerte que en todo momento pueda ser también obedecida por respeto a la ley.

Pues bien, ¿en qué se funda la legitimidad de regla que el legislador político puede cambiar en todo momento? Esta pregunta se agudiza sobre todo en las sociedades pluralistas, en las que las imágenes inclusivas del mundo y las éticas colectivamente vinculantes se han venido abajo y en las que el tipo de moral postradicional que resta, basada solamente en la conciencia individual, ya no ofrece fundamento suficiente para aquel «derecho natural» que antaño quedaba fundamentado en términos religiosos o metafísicos. Manifiestamente, la única fuente metafísica de legitimidad la constituye el procedimiento democrático de producción del derecho. Pero, ¿qué es lo que confiere a este procedimiento su fuerza legitimadora? A ello la teoría del discurso da una respuesta bien simple, que a primera vista resulta bien improbable: el procedimiento democrático posibilita el libre flotar de temas y contribuciones, de informaciones y razones, asegura a la formación política de la voluntad su carácter discursivo fundando con ello la sospecha falibilista de que los resultados obtenidos conforme al procedimiento sean más o menos racionales. En favor de este planteamiento articulado en términos de teoría del discurso hablan *prima facie* las dos consideraciones siguientes.

Primera: consideradas las cosas desde una perspectiva de *teoría de la sociedad*, el derecho cumple funciones sociointegradoras; junto con el sistema político articulado en términos de Estado de derecho, el derecho representa una especie de fianza o aval que cubre funciones sociointegrativas que fracasen en otros sitios. El derecho funciona como una correa de transmisión a través de la cual estructuras de reconocimiento recíproco entre próximos que nos resultan conocidas por los contextos de acción comunicativa se transfieren de forma abstracta, pero vinculante, a interacciones entre extraños, que se han vuelto anónimas y que vienen mediadas sistémicamente. Ciertamente, la solidaridad, que, junto con el dinero y el poder administrativo, es la tercera fuente de integración social, sólo surge del derecho por vía indirecta: junto con la estabilización de expectativas de comportamiento el derecho asegura a la vez las relaciones simétricas de reconocimiento recíproco entre portadores abstractos de derechos subjetivos. Por estas semejanzas estructurales entre derecho y acción comunicativa se explica por qué los discursos, es decir, las formas de una acción comunicativa que se ha vuelto reflexiva, desempeñan un papel constitutivo en la producción (y aplicación) de las normas jurídicas.

Segunda: consideradas las cosas desde una perspectiva de *teoría del derecho*, los órdenes jurídicos modernos sólo pueden obtener ya su legitimación de la idea de autodeterminación: en todo momento los ciudadanos han de poder entenderse también como autores del derecho al que están sometidos como destinatarios. Las teorías contractualistas tratarán de entender la autonomía de los ciudadanos recurriendo a categorías del derecho civil concerniente a contratos, es decir, en términos de arbitrio privado de partes que cierran un contrato. Pero el problema hobbesiano de la fundamentación de un orden social no puede explicarse satisfactoriamente a partir de ese encuentro y concentración casuales de decisiones electivas de tipo racional con arreglo a fines, protagonizadas por actores independientes. Por eso Kant dotó a las partes en el «estado de naturaleza», lo mismo que después Rawls a las partes en la «posición original», de una capacidad genuinamente moral. Pero tras el giro lingüístico, para esta comprensión deontológica de la moral sólo puede ofrecerse ya una interpretación articulada en términos de teoría del discurso. Con ello el modelo del discurso o el modelo de la deliberación vienen a sustituir al modelo del contrato: la comunidad jurídica no se constituye por vía de un contrato social, sino sobre la base de un acuerdo discursivamente alcanzado.

Pero la ruptura con la tradición del derecho natural racional permanece incompleta mientras la argumentación *moral* siga constituyendo el modelo para el discurso dador de Constitución. Pues entonces, lo mismo que ocurre en Kant, la autonomía de los ciudadanos viene a coincidir con la voluntad libre de las personas morales, con lo cual, lo mismo que antes, es la moral o el derecho natural quienes constituyen el núcleo del derecho positivo[1]. En ello subyace todavía la imagen que el derecho natural nos suministra de una jerarquía de órdenes normativos de distinto rango: el derecho positivo permanece subordinado al derecho moral y recibe del derecho

1. Esta interpretación del «derecho privado» de Kant la cuestiona I. Maus en *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt a. M., 1992, pp. 148 ss.

moral su orientación. En realidad, la relación entre moral y derecho es mucho más complicada.

La argumentación desarrollada en este libro trata en lo esencial de demostrar que entre el Estado de derecho y la democracia no solamente se da una relación histórica-contingente, sino una conexión interna y conceptual. Ésta, como he mostrado en el último capítulo, se hace valer también en aquella dialéctica entre igualdad jurídica e igualdad fáctica que frente a la comprensión liberal del derecho hizo saltar primero a la palestra al paradigma del derecho ligado al Estado social y que hoy nos obliga a una autocomprensión procedimentalista del Estado democrático de derecho. El *proceso democrático* es el que soporta en el modelo que exponemos toda la carga de la legitimación. Tiene que asegurar simultáneamente la autonomía privada y la autonomía pública de los sujetos jurídicos; pues los derechos subjetivo-privados ni siquiera pueden formularse de forma adecuada, ni mucho menos imponerse políticamente, si antes no se han aclarado en discusiones públicas los aspectos que en cada caso resulten relevantes para el tratamiento igual o desigual de casos típicos y no se ha movilizado poder comunicativo para que se tenga en cuenta la nueva interpretación que hacen de sus necesidades. La comprensión procedimentalista del derecho insiste, pues, en que los presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales de la formación democrática de la opinión y la voluntad constituyen la única fuente de legitimación. Ello es incompatible tanto con la idea platónica de que es de un derecho superior de donde el derecho positivo puede obtener su legitimidad, como con la negación empirista de toda legitimidad que vaya más allá de la contingencia de las decisiones del legislador. Por tanto, para mostrar la interna conexión entre Estado de derecho y democracia tenemos que aclarar por qué no cabe subordinar sin más el derecho positivo a la moral (II), cómo la soberanía popular y los derechos del hombre se presuponen mutuamente (III) y que el principio democrático tiene su raíz propia como independiente del principio moral (IV).

II

(I) La moral y el derecho sirven ambos, ciertamente, a la regulación de conflictos interpersonales; y ambos tienen por fin proteger por igual la autonomía de todos los participantes y afectados. Pero no deja de ser interesante que la positividad del derecho imponga una *escisión* de la autonomía, que no tiene equivalente por el lado de la moral. Mientras que la autodeterminación moral es un concepto unitario conforme al que cada cual sigue exactamente aquellas normas que conforme a su propio juicio imparcial tiene por obligatorias, la autodeterminación del ciudadano aparece en la doble forma de autonomía privada y autonomía pública. La autonomía jurídica no coincide con la libertad en el sentido moral. Contiene en sí otros dos momentos, a saber, la libertad de arbitrio del actor que decide de forma racional con arreglo a fines, y la libertad de la persona que decide éticamente.

Los derechos subjetivos tienen primariamente el sentido de *desligar* (en términos bien circunscritos) a las personas jurídicas de mandatos morales y de otorgar a los actores espacios para el ejercicio legítimo de su libertad de arbitrio. Con estos derechos el derecho moderno otorga generalidad al principio de que está permitido todo lo que no está prohibido. Mientras que en la moral se da de por sí una simetría entre derechos y deberes, los *deberes* jurídicos sólo son consecuencia de la salvaguarda de facultades y derechos que conceptualmente tienen, por tanto, la primacía. Pero autonomía privada no significa solamente libertad de arbitrio dentro de límites jurídicamente asegurados; constituye a la vez un envoltorio protector de la libertad ética de los individuos de perseguir su propio proyecto existencial de vida, en palabras de Rawls: de perseguir sus propias concepciones del bien[2]. Un carácter moral lo tiene sólo la autonomía de la que los ciudadanos tienen que hacer un uso común como colegisladores para que todos puedan tener la oportunidad de gozar por igual de libertades subjetivas. A diferencia de la autonomía moral, que se *agota* en la capacidad de autovincularse uno de forma racional, la autonomía de la persona jurídica incluye, por tanto, distintas componentes, a saber, junto a la autonomía ejercida en común de los ciudadanos incluye también la capacidad de elección racional y de autorrealización ética.

El ejercicio de la autonomía jurídica se ramifica, por tanto, en uso público de las libertades comunicativas y en uso privado de las libertades subjetivas. Esta diferenciación se explica por la positividad de un derecho que tiene su fuente en las resoluciones colectivamente vinculantes de instancias productoras del derecho (y aplicadoras del derecho) y que, por tanto, incluso por razones conceptuales, exige una separación de roles, aunque sólo sea provisional, entre autores que establecen el derecho (o lo aplican) y destinatarios que están sometidos al derecho vigente. Pero, si la autonomía de la persona jurídica comprende bastante más que la autonomía en sentido moral, el derecho positivo no puede entenderse como un caso especial de la moral.

(2) El establecer una jerarquía entre derecho natural y derecho político tampoco es posible por otras razones. Los preceptos mora-

2. J. Rawls, *Political Liberalism*, New York, 1992.

les y jurídicos tienen distintos referentes y regulan en cada caso materias distintas. El universo *moral* deslimitado en el espacio social y en el tiempo histórico comprende a *todas* las personas naturales y, por cierto, con toda la complejidad que les prestan sus biografías; en este sentido la protección moral se refiere a la integridad de la persona individuada completa. En cambio, la *comunidad jurídica*, localizada en el espacio y en el tiempo, sólo protege la integridad de sus miembros en tanto que éstos tienen el *status* de portadores de derechos subjetivos.

Se dan también diferencias en el aspecto extensional. Las materias necesitadas jurídicamente de regulación y susceptibles de regulación jurídica son más restringidas a la vez que tienen también una extensión más amplia que los asuntos moralmente relevantes: más restringidas porque sólo el comportamiento externo, es decir, el comportamiento que puede imponerse mediante coerción, es susceptible de regulación jurídica; y más extensa porque el derecho en tanto que sirve de medio de organización para la dominación política, otorga a los fines y programas colectivos una forma vinculante, es decir, no se *agota* en la regulación de conflictos interpersonales. Las políticas y los programas jurídicos tienen según los casos un peso moral mayor o menor. Pues las materias necesitadas de regulación jurídica, de ningún modo plantean *solamente* cuestiones morales sino que tocan también aspectos empíricos, pragmáticos y éticos, así como aspectos atinentes a una ponderación equitativa de intereses susceptibles de compromiso. De ahí también que la formación de la opinión y la voluntad del legislador democrático se vea remitida a, y dependa de, una ramificada red de discursos y negociaciones, y no solamente a discursos morales. Y a diferencia de lo que sucede con la pretensión de validez normativa que caracteriza a los preceptos morales, la pretensión de legitimidad de las normas jurídicas, así como la práctica misma de justificación legislativa de las normas, descansa en diversas clases de razones[3].

Resumiendo podemos decir que el derecho tiene una estructura más compleja que la moral porque por una parte desencadena y por otra parte delimita (1) libertades subjetivas de acción (orientadas a los propios valores e intereses de cada cual) y porque (2) recoge en sí objetivos colectivos y, por tanto, las regulaciones son demasiado concretas como para poder ser justificadas solamente desde puntos de vista morales. Como alternativa a la subordinación que el derecho natural practica del derecho positivo a la moral lo mejor es

3. Normalmente las cuestiones políticas son tan complejas, que han de ser tratadas simultáneamente bajo *aspectos* pragmáticos, éticos y morales. Ciertamente, estos aspectos sólo pueden separarse *analíticamente*; por eso ha de considerarse confundente (pp. 233 ss.) mi intento de ejemplificar distintas formas de discurso haciéndoles corresponder linealmente cuestiones concretas.

considerar el derecho positivo, precisamente en su actuabilidad, como un complemento funcional de la moral: a la persona que juzga y actúa la descarga de las considerables exigencias cognitivas, motivacionales y organizativas (organizativas a causa de la división moral del trabajo que a menudo se exige para el cumplimiento de los deberes positivos) de una moral que no reposa sino en la conciencia posconvencional subjetiva. El derecho compensa, por así decir, las debilidades funcionales de una moral que, considerada desde la perspectiva del observador, no proporciona muchas veces sino resultados cognitivamente indeterminados y motivacionalmente inseguros. Pero la relación de *complementariedad* no significa en modo alguno una neutralidad moral del derecho. Pues a través del proceso de producción legislativa penetran en el derecho razones morales. Aun cuando los puntos de vista morales no sean suficientemente selectivos para la legitimación de programas jurídicos, la política y el derecho tienen que estar en consonancia con la moral sobre una base postmetafísica común de fundamentación[4].

La duplicación del derecho en derecho natural y derecho positivo sugiere la idea de que los órdenes jurídicos históricos habrían de *reflejar* un orden inteligible previamente dado. La concepción del derecho articulada en términos de teoría del discurso trata de sortear los escollos que representan el positivismo jurídico y el derecho natural: si la legitimidad de un derecho coercitivo que por principio es siempre cambiable a voluntad se la entiende como racionalidad procedimental y en última instancia se la hace derivar de un apropiado dispositivo comunicativo para la formación racional de la voluntad política por parte del legislador (y de un adecuado dispositivo comunicativo para la aplicación del derecho), el momento de incondicionalidad que la validez jurídica comporta no tiene por qué deshacerse en puro *decisionismo*, ni tampoco ha menester del dique de una moral para librarse de la resaca de la temporalidad. Bajo premisas rearticuladas en términos de teoría del discurso puede entonces reformularse del modo siguiente la cuestión de partida del «derecho natural racional»: ¿Qué derechos han de reconocerse mutuamente los ciudadanos si se deciden a constituirse como una asociación voluntaria de sujetos jurídicos y a regular legítimamente su convivencia en términos de derecho positivo? En el *sentido* reali-

4. Ciertamente, hay que distinguir entre derechos moralmente fundados y políticas moralmente fundadas; no todos los programas políticos legítimos fundan derechos; así, por un lado, fuertes razones morales abogan en favor de un derecho individual al asilo político y de la correspondiente garantía de accionabilidad judicial de ese derecho (y contra su sustitución por una garantía institucional de tipo administrativo). Pero por otro lado, no se da ningún derecho individual a la inmigración aun cuando pueda decirse que las sociedades occidentales están moralmente obligadas a una política liberal de inmigración. En el texto (pp. 64 ss.) no he trazado con claridad esta distinción; cf. mi epílogo a Ch. Taylor, *Multikulturalismus und die Politik der Anerkennung*, Frankfurt a. M., 1993, pp. 179 ss.

zativo de esta praxis dadora de constitución está ya incluido *in nuce* el contenido entero del Estado democrático de derecho. El sistema de los derechos y los principios del Estado de derecho pueden desarrollarse partiendo del sentido que tiene el ejercicio de una praxis a la que uno se ha comprometido ya desde el primer acto de la autoconstitución de tal comunidad jurídica.

Pero si hemos de emprender esta reconstrucción del derecho sin apoyarnos en un derecho previo, de las consideraciones que hasta aquí hemos hecho se siguen los dos problemas siguientes: respecto a (1) se plantea la cuestión de cómo hay que entender que el derecho garantiza por igual la autonomía privada y la autonomía pública si los derechos del hombre, concebidos como derechos de libertad, quedan situados en la misma dimensión de derecho positivo que los derechos políticos del ciudadano; y respecto a (2) se plantea la cuestión de cómo entender el «principio de discurso», el cual es ahora el elemento determinante en la legitimación del derecho, si a causa de la complementariedad entre derecho y moral no puede suponerse ya que coincida con el principio moral.

III

La conexión interna entre Estado de derecho y democracia se explica conceptualmente porque las libertades subjetivas de acción del sujeto de derecho privado y la autonomía pública del ciudadano se posibilitan recíprocamente. En la filosofía política esta relación se expone habitualmente en los siguientes términos: la autonomía privada del miembro de la sociedad civil quedaría garantizada por los derechos del hombre (los clásicos derechos a la «libertad», a la «vida» y a la «propiedad») y por una *dominación* anónima *de las leyes*, mientras que la autonomía política del ciudadano se deduce del principio de soberanía popular y cobra forma en la *autolegislación* democrática. Pero en la tradición ambos elementos estaban en una relación de tensión y competencia no resuelta. El *liberalismo* proveniente de Locke ha venido invocando una y otra vez el peligro de mayorías tiránicas y frente a la soberanía popular ha postulado siempre la primacía de los derechos del hombre, mientras que el *republicanismo* que se remonta a Aristóteles ha concedido siempre la primacía a la «libertad de los antiguos» y a la participación política que esas libertades implican, anteponiéndolas a las apolíticas «libertades de los modernos». Incluso Rousseau y Kant yerran todavía la intuición que ellos sin embargo trataban de llevar a concepto. Los derechos fundamentales que en Kant se resumen en el derecho «original» a iguales libertades subjetivas de acción, ni simplemente deben venirle impuestos al legislador soberano como límites externos, ni

tampoco deben ser instrumentalizados como requisito funcional para los fines de ese soberano.

Los derechos del hombre pueden venir fundamentados a título de derechos *morales* tan bien como se quiera; pero en cuanto se conciben como ingredientes del derecho positivo, salta a la vista que no le pueden ser encasquetados al legislador soberano, por así decir, en términos paternalistas. Pues los destinatarios del derecho no podrían entenderse simultáneamente a sí mismos como autores de él si el legislador se limitara a encontrar ahí los derechos del hombre como hechos morales, respecto a los que no pudiera hacer otra cosa que positivarlos. Por otra parte, el legislador, pese a su autonomía, no debe poder decidir nada que vulnere los derechos del hombre. Para la resolución de este dilema resulta una ventaja el tener que haber caracterizado el derecho como un medio *sui generis* y haberlo tenido que distinguir de la moral por sus propiedades formales.

Para una praxis dadora de Constitución no basta introducir un «principio de discurso» a cuya luz los ciudadanos puedan juzgar si el derecho que establecen es legítimo. Antes es menester institucionalizar a su vez jurídicamente precisamente aquellas formas de comunicación en las que haya de poder formarse de modo discursivo una voluntad política racional. Al tomar el principio de discurso forma jurídica se transforma en un «principio de democracia». Para tal fin ha de disponerse ya del código como tal con que opera el derecho; y el establecimiento de este código exige que se establezca un *status* para posibles personas jurídicas, es decir, para personas que como portadores de derechos subjetivos pertenezcan a la asociación voluntaria que representa la comunidad jurídica y puedan hacer valer de forma efectiva sus demandas jurídicas; sin que se garantice la autonomía privada no puede haber algo así como derecho positivo. Así pues, sin los derechos clásicos de libertad que aseguran la autonomía de las personas jurídicas tampoco puede existir el medio en que ha de efectuarse la institucionalización jurídica de aquellas condiciones, sólo bajo las cuales los ciudadanos pueden hacer uso de esa autonomía pública.

Pues no está ya en manos de los sujetos que quieren regular legítimamente su convivencia con los medios del derecho positivo el elegir el medio en el que quieren realizar su autonomía. En la producción del derecho sólo participan como *sujetos jurídicos*; por tanto, no queda a su disposición el decidir si para ello van a servirse del lenguaje del derecho. La buscada conexión interna entre «derechos del hombre» y soberanía popular consiste, por tanto, en que la exigencia de institucionalizar jurídicamente la autolegislación sólo puede cumplirse con ayuda de un código que *a la vez* implica el garantizar libertades subjetivas de acción judicialmente accionables. A la inversa, la igual distribución de esos derechos subjetivos (y de su *fair*

worth) sólo puede satisfacerse mediante un procedimiento democrático que funde la presunción de resultados racionales en la formación de la opinión y la voluntad políticas. De esta forma autonomía privada y autonomía pública se presuponen recíprocamente sin que la una pueda pretender tener primacía sobre la otra.

La intención de crítica del liberalismo con que presento esta idea ha aterrado a los defensores del primado de los derechos del hombre. Así, por ejemplo, Otfried Höffe se vuelve contra tal rebajamiento de los derechos *del hombre* (cuya universal validez él quisiera fundamentar en términos antropológicos) a meros derechos *fundamentales*[5]. Y en efecto, si se quiere hablar de «derecho» sólo en el sentido del derecho positivo, hay que distinguir entre derechos *del hombre* en tanto que normas de acción moralmente justificadas y derechos *del hombre* en tanto que normas constitucionales positivamente válidas. Tales derechos fundamentales tienen un *status* distinto que las normas morales, aun cuando en este caso esas normas tengan posiblemente un mismo contenido semántico. Como normas constitucionales positivadas y susceptibles de accionarse judicialmente quedan garantizadas dentro del ámbito de validez de una determinada comunidad política. Pero este *status* no contradice al sentido universalista de los derechos clásicos de libertad que incluyen a todas las personas y no sólo a todos los miembros del Estado. También como derechos *fundamentales* se extienden a la totalidad de las personas con tal que éstas queden dentro del ámbito de validez del orden jurídico: todas gozan entonces de la protección que les da la Constitución. A causa del *sentido* de derechos del hombre que estos derechos fundamentales tienen ocurre, por ejemplo, que en la República Federal de Alemania la posición jurídica de los extraños, de los extranjeros carentes de hogar y de los apátridas se ha aproximado, pese a todo, al *status* de miembros del Estado; gozan de la misma protección jurídica y, conforme a la letra de la ley, gozan de un *status* similar en lo que se refiere a garantías y deberes[6].

La discrepancia entre el contenido de derechos humanos que tienen los derechos clásicos de libertad, por un lado, y la validez de sus positivaciones jurídicas, restringida de entrada al ámbito de un Estado nacional, por otro, nos hace percatarnos de que el «sistema de los derechos» fundamentado discursivamente apunta por encima del Estado democrático de derecho y tiene por meta una globalización de los derechos. Como Kant vio, los derechos fundamentales, en

5. O. Höffe, «Eine Konversion der Kritischen Theorie?»: *Rechtshistorisches Journal* 12 (1993).

6. Con esto no quisiera yo desviar la atención de restricciones todavía existentes y en especial de aquellos déficits del derecho público alemán que desde hace algún tiempo se vienen discutiendo bajo los epígrafes del derecho electoral de los extranjeros en las instituciones de régimen local y de segunda nacionalidad; cf. más arriba, pp. 635 s.

virtud de su contenido semántico, exigen una «situación cosmopolita» articulada internacionalmente en términos jurídicos. Pero para que de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de la ONU se sigan derechos judicialmente accionables, no basta solamente con tribunales internacionales; éstos sólo podrán funcionar adecuadamente cuando una *Organización de las Naciones Unidas, no solamente capaz de tomar resoluciones sino capaz de actuar y de imponer, haya puesto fin a la soberanía de los Estados nacionales particulares*[7].

En la defensa del primado de los derechos del hombre los liberales se dejan guiar por la intuición de que las personas jurídicas han de quedar protegidas de manejos arbitrarios de un poder estatal que monopoliza el ejercicio de la violencia. Por eso piensa Charles Larmore que en todo caso a la formación democrática de la voluntad ha de antecederle, restringiéndola, por lo menos *un* derecho subjetivo, que por tanto habrá de venir fundamentado en términos morales; se trataría del siguiente: «Nadie debería ser obligado mediante violencia a someterse a normas de las que no es posible examinar racionalmente su validez»[8]. En una lectura inofensiva el argumento dice que las personas al querer constituirse como miembros de una comunidad jurídica, *eo ipso* han aceptado un concepto de derecho positivo que incluye la expectativa de legitimidad. La necesidad de fundamentación pertenece entonces a las implicaciones semánticas de ese concepto de derecho y, por tanto, pertenece también a la práctica dadora de Constitución. Pero en un sentido menos inofensivo el argumento expresa la convicción de que la dominación impersonal de las leyes es tan fundamental como el poder del Leviatán que esa dominación tiene la finalidad de encadenar.

Esta idea liberal, que se justifica por evidentes experiencias históricas, no hace empero justicia a la conexión constitutiva de derecho y política[9]. Confunde la soberanía popular con el monopolio de la violencia y yerra el sentido de por sí técnico, y en todo caso no-represivo, que tiene el poder administrativo articulado en forma jurídica con tal que ese poder se ejerza en el marco de leyes democráticas; y yerra sobre todo el sentido constitutivo que tiene para toda comunidad política la autonomía ciudadana ejercida en términos intersubjetivos. A ambos aspectos sólo se les hace justicia mediante una reconstrucción en dos niveles, la cual parte de la asociación horizontal de ciudadanos que se reconocen mutuamente como provistos de unos mismos derechos y prosigue disciplinando en térmi-

7. Cf. el epílogo a J. Habermas, *Vergangenheit als Zukunft*, München, 1993.

8. Ch. Larmore, «Die Wurzeln radikaler Demokratie»: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 41 (1993), p. 327.

9. Para el análisis de los conceptos básicos cf. cap. IV, I, pp. 200 ss.

nos de Estado de derecho el poder estatal que hay que presuponer. Entonces se ve que los derechos liberales de defensa del individuo frente al aparato estatal monopolizador de la violencia no son en modo alguno originarios, sino que surgen de una transformación de las libertades subjetivas de acción mutuamente otorgadas. Los derechos subjetivos que el código jurídico comporta como tal cobran sólo secundariamente el sentido negativo de un deslinde de un ámbito nuclear privado que ha de quedar sustraído a intervenciones administrativas arbitrarias. Los derechos de defensa sólo surgen a *consecuencia* de una diferenciación de una asociación de sujetos jurídicos que se administran a sí mismos, diferenciación por la que esa asociación se convierte en una comunidad jurídica estatalmente organizada. Los derechos de defensa surgen cooriginalmente con ese principio del Estado de derecho, conforme al que la Administración ha de atenerse estrictamente a la ley; por tanto, en la estructura lógica del sistema de los derechos no puede convenirles esa fundamental posición con la que Larmore trata de fundamentar el primado de los derechos del hombre.

IV

El derecho positivo no puede obtener ya su legitimidad de un derecho moral que quedase por encima de él, sino sólo de un procedimiento de formación presuntivamente racional de la opinión y la voluntad. Este procedimiento democrático que en unas condiciones de pluralismo social y de pluralismo en lo que respecta a visiones del mundo confiere a la producción jurídica una fuerza generadora de legitimidad, lo he analizado con más detalle desde puntos de vista de una teoría del discurso[10]. Para ello he partido del principio, en cuya fundamentación no puedo entrar aquí, de que sólo pueden pretender legitimidad aquellas regulaciones normativas y formas de acción a las que todos los posibles afectados pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales[11]. Los ciudadanos examinan a la luz de este principio de discurso qué derechos han de reconocerse mutuamente. *En tanto* que sujetos jurídicos han de anclar en el medio mismo que representa el derecho ese

10. Cf. en el presente libro pp. 225-236 y 381 ss.

11. Cf. más arriba pp. 172 ss. La idea de susceptibilidad universal de asentimiento explica el sentido de la validez de las normas de acción en términos de una aceptabilidad racional —que, por tanto, no ha de poder ser sólo localmente entendible—. Esta explicación de la validez deontológica se refiere al proceso de fundamentación, no al de aplicación de normas. Por tanto, está fuera de lugar la comparación con una máxima de la práctica de las decisiones judiciales. Cf. N. Luhmann, «Quod omnes tangit...»: *Rechtshistorisches Journal* 12 (1993).

ejercicio de la autolegislación; han de institucionalizar a su vez jurídicamente los presupuestos comunicativos y los procedimientos de un proceso político de formación de la opinión y la voluntad, en el que el principio de discurso cobre aplicación. El establecimiento del código jurídico («justo»/«injusto» jurídicos) con el que opera el derecho iniciado con el derecho general a libertades subjetivas de acción, ha de *completarse*, pues, mediante la introducción de derechos de comunicación y participación que garanticen un uso público de las libertades comunicativas con iguales oportunidades para todos. Por esta vía el principio de discurso cobra la forma jurídica de «principio democrático».

Con ello la idea contrafáctica de susceptibilidad universal de asentimiento (que sería lo que define a la legitimidad de las normas) no queda absorbida y neutralizada por la facticidad de la institucionalización jurídica de discursos públicos, como parece suponer Onora O'Neill[12]. Albrecht Wellmer acentúa con razón que el «concepto de legitimidad jurídica tiene también una aplicación enteramente *contrafáctica*... Ciertamente en la lógica del concepto moderno de legitimidad viene implicado el que la exigencia de que la decisión se tome en común, se realice como una comunidad *fáctica* de decisión tanto como sea posible, en cuanto que hay que admitir a todos los afectados un igual *derecho* a la participación en los procesos de formación de la voluntad colectiva: ésta es la idea misma de democracia. Pero si las leyes han de ser legítimas de forma que todos los afectados hubieran podido decidirlas en común, y si todos los afectados —en principio— tienen igual derecho a participar en la toma colectiva de decisiones, entonces salta a la vista que la clarificación pública-argumentativa de cuestiones normativas ha de desempeñar un papel central en toda tentativa de realizar derecho legítimo y de asegurar el reconocimiento de su legitimidad. Argumentar en favor de una norma jurídica, o de un sistema de normas jurídicas, significa en este caso el intentar mostrar con razones a todos los demás afectados por qué quien tenga buena voluntad y considere bien las cosas habría de considerar como bueno para todos por igual el que esté vigente esa norma o estén vigentes esas normas»[13]. Pero esa misma tensión entre facticidad y validez viene ya inscrita en el discurso moral —al igual que en la práctica de la argumentación en general—; en el medio que es el derecho esa tensión no hace sino intensificarse y ser operazionalizada de forma eficaz para el comportamiento.

12. O. O'Neill, «Kommunikative Rationalität und praktische Vernunft»: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 41 (1993), pp. 329-332.

13. A. Wellmer, *Ética y diálogo*, Barcelona, 1994, pp. 142.

Frente a esto último, la idea de una susceptibilidad universal de asentimiento expresada en el principio de discurso, Wellmer quisiera reservarla para la explicación de la legitimidad del derecho y no extenderla a la validez de las normas morales. Wellmer es de la opinión de que la ética del discurso transfiere falsamente a la validez deontológica de los preceptos morales la conexión entre validez y discurso real que efectivamente se da en el caso especial de la validez jurídica. En esa objeción no puedo entrar en este lugar[14]; pero nos llama la atención sobre un problema de deslinde que efectivamente se plantea a la teoría discursiva del derecho y la moral; pues si al principio de discurso no se recurre exclusivamente, como hace Wellmer, para la explicación del principio democrático, sino que se lo emplea en general para la explicación del sentido del enjuiciamiento imparcial de cuestiones normativas de *todo tipo*, amenazan con desdibujarse los límites entre la fundamentación posconvencional de normas de acción en general y la fundamentación de normas morales en particular. Pues el principio de discurso debe situarse en un nivel de abstracción que sea todavía neutral frente a la distinción entre moral y derecho. Por una parte, el «principio de discurso» debe tener un contenido normativo que baste para el enjuiciamiento imparcial de normas de acción en general; por otra, no debe coincidir con el principio moral si es que ha de poder experimentar una diferenciación que lo convierta en principio moral, por un lado, y principio democrático, por otro. Y si aceptamos este planteamiento habría que mostrar en qué sentido el principio de discurso no agota ya el contenido del principio 'U' (principio de universalizabilidad) con que opera la «ética del discurso»; pues si no, el principio moral, que ahora se limitaría a ocultarse en el principio del discurso, volvería a ser —lo mismo que sucedía en el derecho natural— la única fuente de legitimación del derecho en general.

En la formulación propuesta del principio de discurso 'D', a saber: «Son válidas aquellas y sólo aquellas normas de acción a las que todos los posibles afectados pudiesen prestar su asentimiento como participantes en discursos racionales», permanecen indeterminados dos conceptos centrales; falta una especificación de las diversas «normas de acción» (y de los correspondientes enunciados normativos), así como de los diversos «discursos racionales» (de los que, por lo demás, dependen las «negociaciones», en tanto que los procedimientos de ellas puedan justificarse discursivamente). Pero con ello queda el suficiente espacio como para, partiendo del principio de discurso, deducir el principio democrático y el principio

14. Cf. mi respuesta a Wellmer en J. Habermas, *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991, pp. 131 ss.; también L. Wingert, *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt a. M., 1993.

moral mediante las correspondientes especificaciones. Mientras que el principio democrático sólo se aplica a normas que tengan las propiedades formales que definen a las normas jurídicas, el principio moral, conforme al que las normas válidas han de ser en igual interés de todas las personas[15], significa una restricción al tipo de discursos en los que *solamente* pueden resultar determinantes argumentos morales. El principio moral deja sin especificar las clases de normas, el principio democrático deja sin especificar las formas de argumentación (y de negociación). Esto explica dos asimetrías. Mientras que los discursos morales se especializan en una única clase de razones y las normas morales vienen dotadas de una clase de validez deontológica perfectamente circunscrita, la legitimidad de las normas jurídicas se apoya en un ancho espectro de razones y, entre otras, también en razones morales. Y mientras que el principio moral, en tanto que principio de argumentación, sirve exclusivamente a la formación del juicio, el principio democrático no solamente estructura el saber sino a la vez la praxis de los ciudadanos.

Si la relación entre moral y derecho se define de esta suerte y la pretensión de legitimidad de las normas jurídicas se la deja de identificar[16] (bajo el epígrafe común de «rectitud» o «corrección») con la pretensión de justicia moral, puede dejarse, por lo demás, abierta la ulterior cuestión de la fundamentación *moral* del derecho como tal, es decir, el problema que el derecho natural se planteaba del tránsito del estado de naturaleza al estado de sociedad. El derecho positivo, con el que, por así decir, nos encontramos ahí en la modernidad como resultado de un proceso de aprendizaje social, ofrécese en virtud de sus propiedades formales como medio adecuado para la estabilización de expectativas de comportamiento; y parece que las sociedades complejas no cuentan con ningún equivalente funcional con el que poder sustituirlo. La filosofía se mete en una tarea innecesaria cuando trata de demostrar que no sólo resulta obvio por razones funcionales, sino que también es una obligación moral organizar la convivencia en forma de derecho, es decir, el formar comunidades jurídicas. A los filósofos debería bastarles con que en las sociedades complejas sólo en el medio del derecho es ya posible establecer fiablemente esas relaciones de respeto mutuo (también entre extraños) moralmente obligatorias.

15. Cf. mi formulación del «principio de universalizabilidad» en J. Habermas, *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona, ²1991, p. 131: «Toda norma válida ha de satisfacer la condición de que las consecuencias y consecuencias secundarias que para la satisfacción de los intereses de cada uno previsiblemente se sigan de su observancia general han de poder ser aceptadas sin coerciones por todos los afectados».

16. Cf. ahora R. Alexy, *Concepto y validez del derecho*, Barcelona, 1994.

V

El derecho no es un sistema cerrado narcisísticamente sobre sí mismo, sino que se nutre de la «eticidad democrática» de los ciudadanos[17] y de la facilitación que le ofrece una cultura política liberal. Esto se muestra cuando se trata de explicar la paradójica circunstancia de que el derecho legítimo puede surgir de la simple legalidad. El procedimiento democrático de producción del derecho tiene la finalidad de que los ciudadanos hagan también un uso de sus derechos de comunicación y participación orientado al bien común, uso que les puede venir políticamente sugerido, pero al que no se les puede forzar jurídicamente. Al igual que todos los derechos subjetivos, también los derechos políticos, por su propia forma, se limitan a otorgar espacios de libertad de arbitrio y sólo obligan a un comportamiento legal. Pero, pese a esta estructura, sólo pueden abrir las fuentes de legitimación de la formación discursiva de la opinión y la voluntad si los ciudadanos no emplean exclusivamente sus libertades comunicativas como libertades subjetivas de acción para la persecución de sus propios intereses, sino que las emplean *como* libertades comunicativas para los fines de un «uso público de la razón». El derecho sólo puede mantenerse como legítimo si los ciudadanos salen de su papel de sujetos jurídicos privados y adoptan la perspectiva de participantes en procesos de entendimiento acerca de las reglas de su convivencia. En este sentido el Estado democrático de derecho depende de los motivos de una población *acostumbrada* a la libertad, los cuales escapan a intervenciones jurídico-administrativas. Esto explica por qué en el paradigma procedimentalista del derecho son las estructuras de una sociedad civil viva y de una esfera pública política no hipotecada por relaciones de poder, estructuras que no se dejan imponer por vía de derecho coercitivo, las que han de sostener una buena parte de las expectativas normativas y sobre todo la carga de la normativamente esperada génesis democrática del derecho.

Naturalmente, esto provoca la protesta de los expertos, en este caso en la doble forma de científicos sociales y juristas. Como empíricos, los científicos sociales nos ilustran sobre esas impotentes ideas que siempre se dejan poner en ridículo por los intereses; como pragmáticos, los juristas nos informan sobre los enconados conflictos a los que sólo cabe hacer frente con el respaldo de un Estado sustancial. De todos modos, es precisamente el planteamiento articulado

17. Sobre el concepto de «eticidad democrática», cf. A. Wellmer, «Bedingungen einer demokratischen Kultur», en M. Brumlik y H. Brunkhorst (eds.), *Gemeinschaft und Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1993, pp. 173-196; también A. Honneth, *Posttraditionale Gesellschaften*, *ibid.*, pp. 260-270.

en términos de teoría del discurso el que introduce un elemento realista al desplazar las condiciones para una formación racional de la opinión y la voluntad políticas del nivel de las motivaciones y de las bases de decisión de los actores individuales o de los grupos para situarlas en el nivel social de los procesos institucionalizados de deliberación y decisión. Con ello se hace valer el punto de vista estructuralista: los procedimientos democráticos y los correspondientes dispositivos comunicativos funcionan como filtros que seleccionan los temas y contribuciones, las informaciones y razones, de suerte que sólo «cuenten» las entradas relevantes y válidas. No obstante, no puede evitarse la cuestión de cómo una autocomprensión tan exigente del derecho y de la democracia, que está bien lejos de estar cortada a la medida de un «pueblo de diablos», pueda ser compatible con las condiciones de funcionamiento de las sociedades complejas.

Por otro lado, fue precisamente esa cuestión la que me motivó a convertir en tema la tensión entre facticidad y validez[18]. Una teoría del derecho que proceda en términos reconstructivos, por su propia estructura metodológica tiene que estar cortada a la medida de la premisa de que la autocomprensión contrafáctica del Estado democrático de derecho tiene que dejar su precipitado en las presuposiciones inevitables de las correspondientes prácticas, presuposiciones que fácticamente tienen que tener importantes consecuencias. Ya el primer acto de la praxis dadora de Constitución introduce en la complejidad social la cuña de una idea que representa un exceso. A la luz de esa idea de la autoconstitución de una comunidad de iguales y libres las prácticas de producción, aplicación e implementación del derecho, a las que estamos acostumbrados, quedan inevitablemente expuestas a la crítica y a la autocrítica. En la forma de derechos subjetivos las energías de la libertad de arbitrio, de la acción estratégica y de la autorrealización quedan sueltas, a la vez que canalizadas a través de una coerción normativa sobre la que los ciudadanos han de entenderse conforme a procedimientos democráticos haciendo públicamente uso de las libertades comunicativas que les vienen jurídicamente garantizadas. La paradójica operación del derecho consiste, por tanto, en que el potencial de conflicto de las libertades subjetivas desencadenadas, el derecho sólo lo domestica mediante normas que solamente pueden obligar mientras puedan ser reconocidas como legítimas sobre el vacilante suelo que representan las libertades comunicativas desencadenadas. Un poder que, de otro modo, quedaría enfrente de la fuerza sociointegrativa de la comunicación, se convierte así en un medio de integración social al

18. Cf. más arriba pp. 96-104.

cobrar la forma de acción estatal legítima. Con ello la integración social cobra una forma peculiarmente reflexiva: el derecho, al cubrir su necesidad de legitimación con ayuda de la fuerza productiva que representa la comunicación, utiliza como aguijón de discursos públicos jurídicamente institucionalizados un riesgo de disentimiento convertido ahora en permanente.

Francfort, septiembre de 1993.

BIBLIOGRAFÍA

Aarnio, A., *Lo racional como razonable* [1987], Madrid, 1991.

Ackerman, B., *La justicia social en el Estado liberal* [1980], Madrid, 1993.

Ackerman, B., «What is Neutral about Neutrality?»: *Ethics* 93 (1983).

Ackerman, B., «The Storrs Lectures; Discovering the Constitution»: *Yale Law Review* 93 (1984), pp. 1013-1072.

Ackerman, B., «Why Dialogue?»: *Journal of Philosophy* 86 (1989).

Ackerman, B., *We the People*, Cambridge, Mass., 1991.

Ahrens, E. (ed.), *Habermas und die Theologie*, Düsseldorf, 1989.

Alexy, R., *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt a. M., 1978, [3]1990.

Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales* [1985], Madrid, 1993.

Alexy, R., «Probleme der Diskurstheorie»: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 43 (1989), pp. 81-93.

Alexy, R., «Zur Kritik des Rechtspositivismus», en R. Dreier (1990), pp. 9-26.

Alexy, R., «Eine diskurstheoretische Konzeption der praktischen Vernunft», en W. Maihofer y G. Sprenger (1993), pp. 1-27.

Altman, A., «Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin»: *Philosophy and Public Affairs* 15 (1986), pp. 202-235.

Apel, K.-O., *La transformación de la filsofía* [1973], Madrid, 1985, 2 vols.

Apel, K.-O., «El *apriori* de la comunidad de comunicación», en Id. (1985).

Apel, K.-O., *El camino del pensamiento de Charles S. Peirce* [1975], Madrid, 1997.

Apel, K.-O., «Sprache und Bedeutung, Wahrheit und normative Gültigkeit»: *Archivo di Filosofia* 55 (1987), pp. 51-88.

Apel, K.-O., *Diskurs und Verantwortung*, Frankfurt a. M., 1988.

Apel, K.-O., «Zurück zur Normalität?», en Id. (1988).

Apel, K.-O., «Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Sittlichkeit aufgehoben werden?», en Id. (1988), pp. 103-153.

Apel, K.-O., «Diskursethik vor der Problematik von Recht und Politik», en K.-O. Apel y M. Kettner (1992), pp. 29-61.

Apel, K.-O. y Kettner, M. (eds.), *Zur Anwendung der Diskursethik in Politik, Recht und Wissenschaft*, Frankfurt a. M., 1992.
Arendt, H., *Los orígenes del totalitarismo* [1955], Madrid, 1982.
Arendt, H., *La condición humana* [1958], Barcelona, 1993.
Arendt, H., *Sobre la revolución* [1963], Madrid, 1988.
Arendt, H., «Sobre la violencia» [1963], en Id. *Crisis de la República*, Madrid, 1973.
Arendt, H., *Das Urteilen. Texte zu Kants Politischer Philosophie*, München, 1982.
Arens, P., *Zivilprozessrecht*, München, [4]1988.
Arnaud, A. J., Hilpinen, R. y Wroblewski, J. (eds.), «Juristische Logik und Irrationalität im Recht»: *Rechtstheorie* 8, (1985).
Assmann, H. D., *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy*, Frankfurt a. M., 1980.
Atiyah, P. S., *The Rise and Fall of Contract of Freedom*, Oxford, 1979.
Bachrach, B., *Die Theorie demokratischer Eliteherrschaft*, Frankfurt a. M., 1967.
Barbalet, M., *Citizenship*, Stratford, England, 1988.
Baur, F. *et al.* (eds.), «Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen», en *Festschrift für L. Raiser*, Tübingen, 1974.
Baynes, K., *The Normative Grounds of Social Criticism, Kant, Rawls, and Habermas*, Albany, NY, 1992.
Beck, U., *Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., 1986.
Beck, U., *Gegengifte. Die organisierte Unverantwortlichkeit*, Frankfurt a. M., 1988.
Becker, W., *La libertad que queremos* [1982], México, 1990.
Beiner, R., *Political Judgement*, London-Chicago, 1983.
Benhabib, S., *Critique, Norm and Utopia*, New York, 1986.
Benhabib, S., «Liberal Dialogue vs. a Critical Theory of Discoursive Legitimation», en N. Rosenblum (1989).
Benhabib, S., *Situating the Self*, Cambridge, 1992.
Benhabib, S., «Models of Public Space», en Id. (1992), pp. 89-120.
Benhabib, S., «Feminism and the Question of Postmodernism», en Id. (1992), pp. 203-242.
Benjamin, W., *Der Surrealismus*, en *Gesammelte Schriften* II, 3.
Bermbach, U., «Politische Institutionen und gesellschaftlicher Wandel», en H. H. Hartwich (1989), pp. 57-71.
Bethge, H., «Aktuelle Probleme der Grundrechtsdogmatik»: *Der Staat* 24 (1985).
Bibo, I., *Die deutsche Hysterie*, Frankfurt a. M., 1991.
Blankenagel, A., *Tradition und Verfassung*, Baden-Baden, 1987.
Blühdorn J. y Ritter, J. (eds.), *Recht und Ethik*, Frankfurt a. M., 1970.
Bobbio, N., *El futuro de la democracia* [1987], Barcelona, 1985.
Bobbio, N., «Gramsci and the Concept of Civil Society», en J. Keane (1988), pp. 73-100
Böckenförde, E. W., «Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation»: *Neue Juristische Wochenschrift*, (1974).
Böckenförde, E. W. (ed.), *Staat und Gesellschaft*, Darmstadt, 1976.
Böckenförde, E. W., *Recht, Freiheit, Staat*, Frankfurt a. M., 1991.

Böckenförde, E. W., «Das Bild vom Menschen in der Perspektive der heutigen Rechtsordnung», en Id. (1991), pp. 58-66.
Böckenförde, E. W., «Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs», en Id. (1991), pp. 143-169.
Böckenförde, E. W., «Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge», en Id. (1991), pp. 146-158.
Böckenförde, E. W., «Grundrechte als Grundsatznormen», en Id., (1991).
Boyle J., «The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought»: *Pennsylvania Law Review* 133 (1985), pp. 685-780.
Brest, P., «The Fundamental Rights Controversy»: *Yale Law Journal* 90 (1981), pp. 1063-1109.
Broda, Ch. (ed.), *Festschrift für R. Wassermann*, Neuwied-Darmstadt, 1985.
Brüggemeier, G., «Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung»: *Rechtstheorie* 8 (1982), pp. 60-73.
Brüggemeier, G., «Justizielle Schutzpolitik de lege lata», en G. Brüggemeier y D. Hart (1987), pp. 7-41.
Brüggemeier, G. y Hart, D., *Soziales Schuldrecht*, Bremen, 1987.
Brunkhorst, H., «Die Ästhetisierung der Intellektuellen»: *Frankfurter Rundschau* del 28 de noviembre de 1988.
Brunkhorst, H., «Zur Dialektik von realer und idealer Kommunikationsgemeinschaft», en A. Dorschel *et al.* (eds.), *Transzendentalpragmatik*, Frankfurt a. M., pp. 342-358.
Bubner, R., *Antike Themen und ihre moderne Verwandlung*, Frankfurt a. M., 1992.
Bubner, R., «Das sprachliche Medium der Politik», en Id. (1992), pp. 188-202.
Buchanan, A. E., *Marx and Justice*, London, 1982.
Calhoun, C., *Habermas and the Public Sphere*, Cambridge, Mass., 1992.
Carens, J. H., «Aliens and Citizens: The Case for Open Borders»: *Review of Politics* 49 (1987).
Cobb, R. y Elder, Ch., «The Politics of Agenda-Building»: *Journal of Politics* (1971), pp. 892-915.
Cobb, R., Ross, J. K. y Ross, M. H., «Agenda Building as a Comparative Political Process»: *American Political Science Review* 70 (1976), pp. 126-138.
Cohen, J., «Deliberation and Democratic Legitimacy», en A. Hamlin y B. Pettit (1989).
Cohen, J. y Rogers, J., *On Democracy*, New York, 1983.
Cohen J. L. y Arato, A., *Civil Society and Political Theory*, Cambridge, Mass., 1992.
Coing, H., «Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht"», en H. Coing *et al.* (1959).
Coing, H., «Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert», en J. Blühdorn y J. Ritter (1970).
Coing, H. *et al.*, *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Frankfurt a. M.-Berlin, 1959.
Conolly, W. E., *The Terms of Political Discourse*, Lexington, Mass., 1974.
Czybulka, D., *Die Legitimation der öffentlichen Verwaltung*, Heidelberg, 1989.

Dahl, R. A., *A Preface to Economic Democracy*, Oxford, 1985.
Dahl, R. A., *Democracy and its Critics*, New Haven, 1989.
Daniels, N. (ed.), *Reading Rawls*, Oxford, 1975.
Denninger, E., *Staatsrecht*, Reinbek, 1973.
Denninger, E., *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*, en Ch. Broda (1985), de nuevo en E. Denninger (1990).
Denninger, E., «Verfassung und Gesetz»: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (1986).
Denninger, E., *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden, 1990.
Denninger, E., «Der Präventions-Staat», en Id. (1990).
Derrida J., *Gesetzeskraft. Der «mystische Grund der Autorität»*, Frankfurt a. M., 1991.
Dewey, J., *The Public and its Problems*, Chicago, 1954.
Dippel, H., «Die politischen Ideen der Französischen Revolution»: *Pipers Handbuch der politischen Ideen* IV, München, 1986.
Downs, A., *An Economic Theory of Democracy*, New York, 1957.
Dreier, R., *Was ist und wozu Allgemeine Rechtstheorie?*, Tübingen, 1975.
Dreier, R., *Recht - Moral - Ideologie*, Frankfurt a. M., 1981.
Dreier, R., «Recht und Moral»: en Id. (1981).
Dreier, R., *Rechtsbegriff und Rechtsidee*, Frankfurt a. M., 1986.
Dreier, R. (ed.), *Rechtspositivismus und Wertbezug des Rechts*, Stuttgart, 1990.
Dreier, R., *Recht - Staat - Vernunft*, Frankfurt a. M., 1991.
Dreier, R., «Widerstandsrecht im Rechtsstaat?», en Id. (1991), pp. 39-72.
Dryzek, J. S., *Discursive Democracy*, Cambridge, 1990.
Dubiel, H., *Zivilreligion in der Massendemokratie*, manuscrito, 1989.
Durkheim, É., *Lecciones de sociología. Física de las costumbres y del derecho*, Buenos Aires, 1974.
Dworkin, R., *Los derechos en serio* [1977], Barcelona, 1984.
Dworkin, R., *A Matter of Principle*, Cambridge, Mass., 1985.
Dworkin, R., «Principle, Policy, Procedure», en Id. (1985), pp. 72-103.
Dworkin, R., *Law's Empire*, Cambridge, Mass., 1986.
Dworkin, R., «Liberal Community»: *Californian Law Review* 77 (1989), pp. 479-589.
Dworkin, R., *Foundations of Liberal Equality. The Tanner Lectures on Human Values*, vol. VIII, 1990.
Edelstein, W. y Nunner-Winkler, G. (eds.), *Zur Bestimmung der Moral*, Frankfurt a. M., 1986.
Eder, K., *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1976.
Eder, K., *Geschichte als Lernprozess?*, Frankfurt a. M., 1985.
Eisenstadt, S. N. (ed.), *Democracy and Modernity*, Leiden, 1992.
Ellscheid, G. y Hassemer, W. (eds.), *Interessenjurisprudenz*, Darmstadt, 1974.
Elster, J., «The Market and the Forum», en J. Elster y A. Hylland (1986).
Elster, J., *El cemento de la sociedad* [1989], Barcelona, 1991.
Elster, J., *Arguing and Bargaining*, manuscrito, 1991.
Elster, J., «The Possibility of Rational Politics», en D. Held (1991).
Elster, J., *Arguing and Bargaining in Two Constituent Assemblies: The Storr Lectures*, manuscrito, Yale Law School, 1991.

Elster, J. y Hylland, A. (eds.), *Foundations of Social Choice Theory*, Cambridge, 1986.
Elster, J. y Slagstad, R. (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge, 1988.
Ely, J. H., *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., 1980.
Enneccerus, L., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Tübingen, [15]1959.
Esser, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen, 1964.
Esser, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Kronberg, 1972.
Euchner, W., *Naturrecht und Politik bei John Locke*, Frankfurt a. M., 1979.
Ewald, E., *L'État Providence*, Paris, 1986.
Faber, H., *Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1987.
Ferguson, A., *Versuch über die Geschichte der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1986.
Fetscher, I. y Münkler, H. (eds.), *Pipers Handbuch politischer Ideen* III, München, 1985.
Fiss, O., «Objectivity and Interpretation»: *Standford Law Review* 34 (1982), pp. 739-763.
Forst, R., *Kontexte der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1993.
Forsthoff, E., *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, 1971.
Forsthoff, E. (ed.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, Darmstadt, 1968.
Forum für Philosophie Bad Homburg (ed.), *Die Ideen von 1789*, Frankfurt a. M., 1989.
Fraenkel, E., «Deutschland und die westlichen Demokratien» (A. v. Brüneck, ed.), Frankfurt a. M., 1991.
Fraenkel, E., «Die repräsentative und plebiszitäre Komponente im demokratischen Verfassungsstaat», en Id. (1991), pp. 153-203.
Fraenkel, E., «Parlament und öffentliche Meinung», en Id. (1991).
Frankenberg, G., «Der Ernst im Recht»: *Kritische Justiz* 20 (1987).
Frankenberg, G. y Rödel, U., *Von der Volkssouveränität zum Minderheitenschutz*, Frankfurt a. M., 1981.
Frankfurt, H., *The Importance of what we know about*, Cambridge, Mass., 1988.
Frankfurt, H., «Freedom of the will and the Concept of the Person», en Id. (1988), pp. 11-25.
Fraser, N., *Unruly Practices*, Oxford, 1991.
Fraser, N., «Struggle over Needs», en Id. (1991), pp. 161-190.
Fraser, N., «Rethinking the Public Sphere», en C. Calhoun (1992).
Frege, G., *Investigaciones lógicas* [1966], Madrid, 1984.
Friedman, L. M., «Transformations in American Legal Culture 1800-1985»: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985).
Friedman, L. M., *Total Justice*, New York, 1985.
Fröbel, J., *System der socialen Politik*, Mannheim, 1847.
Fröbel, J., *Monarchie oder Republik*, Mannheim, 1848.
Fuller, L., *The Morality of Law*, Chicago, 1969.
Furet, E., *Vom Ereignis zum Gegenstand der Geschichtswissenschaft*, Frankfurt a. M., 1980.

Furet, E., *La Revolution 1780-1880*, Paris, 1988.
Furet, F. y Richet, D., *Die Französische Revolution*, Frankfurt a. M., 1968.
Gadamer, H. G., *Verdad y método* [1960], Salamanca, 1977.
Gehlen, A., *El hombre* [1950], Salamanca, ²1987.
Gehlen, A., *Urmensch und Spätkultur*, Bonn, 1956.
Gerhards, J. y Neidhardt, E., *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit*, Wissenschaftszentrum Berlin, 1990.
Giddens, A., *Profiles and Critiques in Social Theory*, London, 1982.
Giegel, H.-J. (ed.), *Kommunikation und Konsens in modernen Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1992.
Glotz, P., *Der Irrweg des Nationalstaates*, Stuttgart, 1990.
Glusy, Ch., «Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat», en G. Guggenberger y C. Offe (1984), pp. 61-82.
Göhler, G. (ed.), *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen*, Opladen, 1987.
Göhler, G. *et al.* (eds.), *Politische Institutionen im gesellschaftlichen Umbruch*, Opladen, 1990.
Goodin, R., «What is so Special about our Fellow Countrymen?»: *Ethics* 98 (1988), pp. 663-686.
Goodman, D., «Public Sphere and Private Life: Toward a Synthesis of Current Historical Approaches to the Old Regime»: *History and Theory* 31 (1992), pp. 1-20.
Gorden, R. W., «Critical Legal Histories»: *Stanford Law Review*, (1984).
Görlitz, A. y Voigt, R., *Rechtspolitologie*, Hamburg, 1985.
Grawert, R., «Staatsangehörigkeit und Staatsbürgerschaft»: *Der Staat* 23 (1984), pp. 179-204.
Grawert, R., «Staatsvolk und Staatsangehörigkeit», en J. Isensee y P. Kirchhoff (1987).
Grimm, D., «Reformalisierung des Rechtsstaats?»: *Juristische Schulung* 10 (1980), pp. 704-709.
Grimm, D., *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1987.
Grimm, D. (ed.), *Wachsende Staatsaufgaben - sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, Baden-Baden, 1990.
Grimm, D., *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt a. M., 1991.
Grimm, D., «Rückkehr zum liberalen Grundrechtsverständnis?», en Id. (1991), pp. 221-240.
Grimm, D., «Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechtsstaats», en Id. (1991).
Grimm, D., «Verfassungsrechtliche Anmerkungen zum Thema Prävention», en Id. (1991).
Grimm, D., «Interessenwahrung und Rechtsdurchsetzung in der Gesellschaft von morgen», en Id. (1991).
Guggenberger, B. y Offe, C. (eds.), *An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie*, Opladen, 1984.
Gunsteren, H. R. van, «Admission to Citizenship»: *Ethics* 98 (1988).
Günther, K., *Der Sinn für Angemessenheit*, Frankfurt a. M., 1988.
Günther, K., «Ein normativer Begriff der Kohärenz. Für eine Theorie der juristischen Argumentation»: *Rechtstheorie* 20 (1989).

Günther, K., *Hero-Politics in Modern Legal Times*, Institute for Legal Studies, Madison Law School, Series 4, Madison, Wi., 1990.
Günther, K., «Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des regulativen Rechts», en D. Grimm (1990).
Günther, K., «Kann ein Volk von Teufeln Recht und Staat moralisch legitimieren?»: *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), pp. 233-267.
Günther, K., «Die Freiheit der Stellungnahme als politisches Grundrecht», en P. Koller *et al.* (1991).
Günther, K., «Universalistische Normbegründung und Normanwendung», en M. Herberger *et al.* (1991).
Günther, K., «Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts», en H. Jung *et al.* (1991), pp. 205-217.
Gurevitch, M. y Blumler, G., «Political Communication Systems and Democratic Values», en J. Lichtenberg (1990).
Häberle, P., «Grundrechte im Leistungsstaat»: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 30 (1972), pp. 43-131.
Häberle, P., (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit*, Darmstadt, 1976.
Häberle, P., *Verfassung als öffentlicher Prozess*, Frankfurt a. M., 1978.
Häberle, P., *Die Verfassung des Pluralismus*, Frankfurt a. M., 1980.
Häberle, P., «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten», en Id. (1980), pp. 79-105.
Habermas, J., *Teoría y praxis* [1971], Madrid, 1987.
Habermas, J., *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío* [1973], Buenos Aires, 1975.
Habermas, J., *La reconstrucción del materialismo histórico* [1976], Madrid, 1992.
Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa* [1981], Madrid, 1987, 2 vols.
Habermas, J., *Perfiles filosófico-políticos* [1981], Madrid, 1985.
Habermas, J., *La lógica de las ciencias sociales* [1982], Madrid, 1988.
Habermas, J., *Conciencia moral y acción comunicativa* [1983], Península, Barcelona, ²1991.
Habermas, J., *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos* [1984], Madrid, 1989.
Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad* [1985], Madrid, 1989.
Habermas, J., *Die neue Unübersichtlichkeit*, Frankfurt a. M., 1985.
Habermas, J., «Gerechtigkeit und Solidarität», en W. Edelstein y G. Nunner-Winkler (1986).
Habermas, J., *Eine Art Schadensabwicklung*, Frankfurt a. M., 1987.
Habermas, J., *Pensamiento postmetafísico* [1988], Madrid, 1990.
Habermas, J., «Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer: Rudolf Wiethölter»: *Kritische Justiz* 22 (1989), pp. 138-156.
Habermas, J., *La necesidad de revisión de la izquierda* [1990], Madrid, 1990.
Habermas, J., *Historia y crítica de la opinión pública* [1990], Barcelona, 1981.
Habermas, J., *Erläuterungen zur Diskursethik*, Frankfurt a. M., 1991.
Habermas, J., *Textos y contextos* [1991], Barcelona, 1996.
Habermas, J., *Vergangenheit als Zukunft*, Zürich, 1991.
Habermas J., Friedeburg, L. v., Oehler, Ch. y Weltz, E., *Student und Politik*, Neuwied, 1961.

Hall, St. (ed.), *Culture, Media, Language*, London, 1980.
Hall, St., «Encoding and Decoding in TV-Discourse», en Id. (1980), pp. 128-138.
Hamlin, A. y Pettit, B. (eds.), *The Good Polity*, Oxford, 1989.
Hankiss, E., «The Loss of Responsibility», en J. MacLean, A. Montefiori y P. Winch, P. (1990), pp. 29-52.
Hart, D., «Soziale Steuerung durch Vertragsabschlusskontrolle»: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1986).
Hart, H. L. A., *Der Begriff des Rechts*, Frankfurt a. M., 1973.
Hart, H. L. A., *Rawls on Liberty and its Priority*, en N. Daniels, (1975), pp. 230-252.
Hartig, A. I., «Das Bicentennaire - eine Auferstehung?»: *Merkur* (marzo 1989).
Hartwich, H. H. (ed.), *Macht und Ohnmacht politischer Institutionen*, Opladen, 1989.
Hassemer, W., «Juristische Hermeneutik»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 72 (1986).
Hassemer, W., «Rechtsphilosophie, Rechtswissenschaft, Rechtspolitik»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 44 (1991), pp. 130-143.
Hayek, F. A. von, *Los fundamentos de la libertad* [1971], Madrid, [5]1991.
Held, D., *Models of Democracy*, Oxford, 1987.
Held, D., *Political Theory and the Modern State*, Oxford, 1989.
Held, D., «Citizenship and Autonomy», en Id. (1989), pp. 214-242.
Held, D. (ed.), *Political Theory Today*, Oxford, 1991.
Heller, H., *Gesammelte Schriften*, Leiden, 1971.
Hellesness, J., «Toleranz und Dissens»: *Zeitschr. f. Phil.* 40 (1992), pp. 245-255.
Herberger, M. *et al.* (eds.), «Generalisierung und Individualisierung im Rechtsdenken»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 45 (1991).
Hesse, K., *Derecho constitucional y Derecho privado* [1988], Madrid, 1995.
Hesse, K., *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1990.
Hilgartner, St., «The Rise and Fall of Social Problems»: *American Journal of Sociology* 94 (1988), pp. 53-78.
Hirsch, J., *Der Sicherheitsstaat*, Frankfurt a. M., 1980.
Hobbes, Th., *El ciudadano*, Madrid, 1993.
Hobbes, Th., *Leviathan*, Madrid, 1989.
Hoerster, N. (ed.), *Recht und Moral*, Göttingen, 1972.
Hoerster, N., *Verteidigung des Rechtspositivismus*, Frankfurt a. M., 1989.
Höffe, O., *Politische Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1987.
Höffe, O., *Kategorische Rechtsprinzipien*, Frankfurt a. M., 1990.
Höffe, O., *Gerechtigkeit als Tausch?*, Baden-Baden, 1991.
Hofman, H., «Das Postulat der Allgemeinheit des Gesetzes», en Ch. Starck (1987), pp. 9-48.
Holmes, St., «Gag Rules or the Politics of Omission», en J. Elster y R. Slagstad (1988), pp. 19-58.
Honneth, A. *et al.* (eds.), *Zwischenbetrachtungen im Prozess der Aufklärung*, Frankfurt a. M., 1989.
Honneth, A., *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt a. M., 1992.

Hoy, D. C., «Interpreting the Law: Hermeneutical and Poststructuralist Perspectives»: *Southern California Law Review* 58 (1985), pp. 135-176.
Hoy, D. C., «Dworkin's Constructive Optimism vs. Deconstructive Legal Nihilism»: *Law and Philosophy* 6 (1987), pp. 321-356.
Huber, E. R., «Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft», en E. Forsthoff (1968).
Huber, H., *Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht*, 1971.
Huber, H., «Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen», en Id. (1971).
Ihering, R. von, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1888.
Isensee, J. von y Kirchhoff, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts*, Heidelberg, 1987.
Joerges, Ch., «Die Überarbeitung des BGB, die Sonderprivatrechte und die Unbestimmtheit des Rechts»: *Kritische Justiz* (1987), pp. 166-182.
Joerges, Ch., «Politische Rechtstheorie und Critical Legal Studies», en Ch. Joerges y D. M. Trubek (1989), pp. 597-644.
Joerges, Ch. y Trubek, D. M. (eds.), *Critical Legal Thought: An American-German Debate*, Baden-Baden, 1989.
Johnson, J., «Habermas on Strategic and Communicative Action»: *Political Theory* 19 (1991), pp. 181-201.
Jung, H. *et al.* (eds.), *Recht und Moral*, Baden-Baden, 1991.
Kaase, M., «Massenkommunikation und politischer Prozess», en M. Kaase y W. Schulz (1989), pp. 97-117.
Kaase, M. y Schulz, W. (eds.), «Massenkommunikation»: KZfSS 30 (1989).
Kahn, P. W., «Reason, Will and the Origins of American Constitutionalism»: *Yale Journal* 98 (1989), pp. 449-517.
Kahn-Freund, O., «Das soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts», en Th. Ramm (1966).
Kallscheuer, O., «Revisionismus und Reformismus», en *Pipers Handbuch der politischen Ideen* IV, München, 1986.
Kant, I., *La metafísica de las costumbres*, Madrid, 1989.
Kant, I., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid, [11]1995.
Kant, I., «En torno al tópico: "Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica"», Id. *Teoría y práctica*, Madrid, 1986.
Kaufmann, A., *Theorie der Gerechtigkeit*, Frankfurt a. M., 1984.
Kaufmann, A., «Über die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 72 (1986).
Kaufmann, A. (ed.), *Rechtsstaat und Menschenwürde. Festschrift für W. Maihofer*, Frankfurt a. M., 1986.
Kaufmann, A., «Recht und Rationalität», en Id. (ed.) (1986).
Kaufmann, A., *Rechtsphilosophie in der Nach-Neuzeit*, Heidelberg, 1990.
Keane, J., *Democracy and Civil Society*, London, 1988.
Keane, J. (ed.), *Civil Society and the State*, London, 1988.
Keane, J., *The Media and Democracy*, Cambridge, 1991.
Kelsen, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* [1931]), Madrid, 1995.
Kelsen, H., *Teoría general del Estado* [1968], México, [15]1979.

Kennedy, D., «Form and Substance in Private Law Adjucation»: *Harvard Law Review* 89 (1976).
Kersting, W., *Wohlgeordnete Freiheit*, Berlin, 1984.
Kielmannsegg, P., «Ohne historisches Vorbild», en *Frankfurter Allgemeine Zeitung* del 7 de diciembre de 1990.
Kleger, H. y Müller, R., *Religion des Bürgers*, München, 1986.
Knieper, R., *Nationale Souveränität. Versuch über Ende und Anfang einer Weltordnung*, Frankfurt a. M., 1991.
Koch, H. J., *Die juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt a. M., 1977.
Kohlberg, L., *Filosofía del desarrollo moral* [1981], Bilbao, 1992.
Koller, P. *et al.* (ed.), «Theoretische Grundlagen der Rechtspolitik»: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 51 (1991).
Köndgen, J., *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen, 1981.
Koselleck, R., *Vergangene Zukunft*, Frankfurt a. M., 1979.
Koslowski, P., *Gesellschaft und Staat*, Stuttgart, 1982.
Kress, K. J., «Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkins Rights Thesis, Retroactivity and the Linear Order of Decisions»: *University of California Law Review* 72 (1984), pp. 369-402.
Kreuder, Th. (ed.), *Der orientierungslose Leviathan*, Marburg, 1992.
Kriele, M., *Einführung in die Staatslehre*, Reinbek, 1975 y Opladen, 1981.
Kriele, M., *Recht und praktische Vernunft*, Göttingen, 1979.
Kübler, F., «Privatrecht und Demokratie», en F. Baur *et al.* (1974).
Kübler, F., *Über die praktischen Aufgaben zeitgemässer Privatrechtstheorie*, Karlsruhe, 1975.
Kübler, F. (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität*, Baden-Baden, 1984 y Frankfurt a. M., 1985.
Kübler, F., «Die neue Rundfunkordnung. Marktstruktur und Wettbewerbsbedingungen»: *Neue Juristische Wochenschrift* 47 (1987), pp. 2961-2967.
Kuhlmann, W. (ed.), *Moralität und Sittlichkeit*, Frankfurt a. M., 1986.
Kunig, Ph., *Das Rechtsstaatsprinzip*, Tübingen, 1986.
Kuratorium für einen demokratisch verfassten Bund Deutscher Länder (ed.), *In freier Selbstbestimmung. Für eine gesamtdeutsche Verfassung mit Volksentscheid*, Schriftenreihe der Heinrich-Böll-Stiftung, 4, Berlin-Köln-Leipzig, 1990.
Laker, Th., *Ziviler Ungehorsam*, Baden-Baden, 1986.
Langer, C., *Reform nach Prinzipien. Zur politischen Theorie Immanuel Kants*, Stuttgart, 1986.
Larmore, Ch., *Patterns of Moral Complexity*, Cambridge, 1987.
Larmore, Ch., «Political Liberalism»: *Political Theory* 18 (1990).
Lepenies, W., *Melancholie und Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1969.
Lepsius, M. R., *Interessen, Ideen und Institutionen*, Opladen, 1990.
Lepsius, M. R., «Ethnos und Demos», en Id. (1990), pp. 247-255.
Lepsius, M. R., «Der europäische Nationalstaat», en Id. (1990).
Lichtenberg, J. (ed.), *Democracy and the Mass Media*, Cambridge, Mass., 1990.
Lösche, P., «Anarchismus», en *Pipers Handbuch der politischen Ideen* IV, München, 1986.
Löwith, K., *El sentido de la historia. Implicaciones teológicas de la filosofía de la historia* [1953], Madrid, [4]1973.

Lüderssen, K., *Genesis und Geltung im Recht*, Frankfurt a. M., 1993.
Lüderssen, K., «Die Steuerungsfunktion des Gesetzes - Überformung oder Gegensteuerung zur Entwicklungstendenz einer Gesellschaft», en Id. (1992).
Luhmann, N., *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied, 1969.
Luhmann, N., «Normen in soziologischer Perspektive»: *Soziale Welt* 20 (1969).
Luhmann, N., *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1981.
Luhmann, N., *Teoría política en el Estado de Bienestar* [1981], Madrid, 1993.
Luhmann, N., *Rechtssoziologie*, Opladen, 1983.
Luhmann, N., «Einige Probleme mit "reflexivem" Recht»: *Zeitschr. f. Rechtstheorie* 6 (1985).
Luhmann, N., *Die soziologische Beobachtung des Rechts*, Frankfurt a. M., 1986.
Luhmann, N., *Ökologische Kommunikation*, Opladen, 1986.
Luhmann, N., «Intersubjektivität oder Kommunikation»: *Archivo di Filosofia* LIV (1986).
Luhmann, L., «Politische Steuerung. Ein Diskussionsbeitrag»: *Politische Vierteljahresschrift* 30 (1989), pp. 4-9.
Luhmann, N., *Gesellschaftsstruktur und Semantik*, Frankfurt a. M., 1990, 3 vols.
Luhmann, N., *Juristische Argumentation*, manuscrito, 1991.
Luhmann, N., *Observaciones de la Modernidad* [1992], Barcelona 1997.
MacCormick, N., *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, 1978.
MacIntyre, A., *Justicia y racionalidad* [1988], Pamplona, 1994.
MacKinnon, C. A., *Towards a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass., 1989.
MacLean, J., Montefiori, A. y Winch, P. (eds.), *The Political Responsibility of Intellectuals*, Cambridge, 1990.
Macpherson, C. B., *Die politische Theorie des Besitzindividualismus*, Frankfurt a. M., 1973.
Maier, Ch. S. (ed.), *Changing Boundaries of the Political*, Cambridge, 1987.
Maihofer, W. (ed.), *Begriff und Wesen des Rechts*, Darmstadt, 1973.
Maihofer, W. y Sprenger, G. (eds.), *Praktische Vernunft und Theorien der Gerechtigkeit. Vorträge des 15. IVR-Weltkongresses in Göttingen*, agosto 1991, vol. 1, Stuttgart, 1993 (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 50).
Manin, B., «On Legitimacy and Political Deliberation»: *Political Theory* 15 (1987).
Mansbridge, J., «Self-Interest in Political Life»: *Political Theory* 18 (1990), pp. 132-153.
March, J. G. y Olsen, J. P., «The New Institutionalism: Organizational Factors of Political Life»: *American Political Science Review* 77 (1984), pp. 734-749.
March, J. G. y Olsen, J. P., «Popular Souvereignity and the Search for Appropriate Institutions»: *Journal of Public Policy* 6 (1984), pp. 341-370.
March, J. G. y Olsen, J. P., *Rediscovering Institutions. The Organisational Basis of Politics*, New York, 1989.
Markov, W., *Die Jakobinerfrage heute*, Berlin, 1967

Marshall, T. H., *Citizenship and Social Class*, Cambridge, Mass., 1950, de nuevo en Id. (1973); ed. alemana *Bürgerrecht und soziale Klassen*, Frankfurt a. M., 1992. pp. 33-94.
Marshall, T. H., *Class, Citizenship and Social Development*, Westport, Conn., 1973.
Marx K., «El Dieciocho Brumario de Luis Bonaparte», en K. Marx y F. Engels, *Obras escogidas* I, Madrid, 1975.
Mashaw, J. L., *Due Process in the Administrative State*, New Haven, 1985.
Maus, I., «Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaates», en M. Tohidipur (1978), vol. I.
Maus, I., *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, München, 1980.
Maus, I., *Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus*, München, 1986.
Maus, I., «Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats», en Id. (1986), pp. 11-82, también en G. Göhler (1987).
Maus, I., «Verrechtlichung, Entrechtlichung und der Funktionswandel von Institutionen», en Id. (1986), pp. 277-331.
Maus, I., «Die Trennung von Recht und Moral als Begrenzung des Rechts»: *Rechtstheorie* 20 (1989), pp. 191-210.
Maus, I., «Zur Theorie der Institutionalisierung bei Kant», en G. Göhler *et al.* (eds.) (1990).
Maus, I., *Zur Aufklärung der Demokratietheorie*, Frankfurt a. M., 1992.
Maus, I., «Basisdemokratische Aktivitäten und rechtsstaatliche Verfassung», en Th. Kreuder (1992), pp. 99-116.
Mayntz, R. (ed.), *Implementation politischer Programme II*, Opladen, 1983.
Mayntz, R., «Steuerung, Steuerungsakte, Steuerungsinstrumente»: *Hi-Mon* 4, Gesamthochschule Siegen (1986).
McCarthy, J. E., «Semiotic Idealism»: *Transactions of the Ch. S. Peirce Society* 20 (1984).
Menke-Eggers, Ch., *Die Souveränität der Kunst*, Frankfurt a. M., 1988.
Merry, H. J., *Five Branch Government*, Urbana, Ill., 1980.
Mestmäcker, E. J., «Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft»: *Rechtstheorie* 20 (1989), pp. 273-288.
Mestmäcker, E. J., «Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts»: *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), pp. 177-184.
Michelman, F. I., «The Supreme Court 1985 Term»: *Havard Law Review* 100 (1986), pp. 4-77.
Michelman F. I., «Justification (and Justifiability) of Law»: *Nomos* XVIII (1986).
Michelman, F. I., «Justification and the Justifiability of Law in a Contradictory World»: *Nomos* XVIII (1986).
Michelman, F. I., «Political Truth and the Rule of Law»: *Tel Aviv University Studies in Law* 8 (1988).
Michelman, F. I., «Law's Republic»: *The Yale Law Journal* 97 (1988).
Michelman, F. I., «Bringing the Law to Life»: *Cornell Law Review* 74 (1989).
Michelman, F. I., «Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: The Case of Pornography Regulation»: *Tennessee Law Review* 56 (1989).

Michelman, F. I., «Conceptions of Democracy in American Constitutional Argument: Voting Rights»: *Florida Law Review* 41 (1989), pp. 443-490.
Millar, J., *Vom Ursprung des Unterschieds in den Rangordnungen und Ständen der Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1967.
Miller, D., «The Ethical Significance of Nationality»: *Ethics* 98 (1988).
Minda, G., «The Jurisprudential Movements of the 1980s»: *Ohio State Law Journal* 50 (1989), pp. 599-662.
Minow, M., *Making all the Difference. Inclusion, Exclusion and American Law*, Ithaca, 1990.
Moon, J. D., «Constrained Discourse and Public Life»: *Political Theory* 19 (1991), pp. 202-229.
Morley, D., *Family Television*, London, 1988.
Münch, R., *Theorie des Handelns*, Frankfurt a. M., 1982.
Münch, R., «Die sprachlose Systemtheorie»: *Zeitschr. f. Rechtstheorie* 6 (1985).
Münch, R., *Die Kultur der Moderne*, Frankfurt a. M., 1986, 2 vols.
Naucke, W., *Die Wechselwirkung zwischen Strafziel und Verbrechensbegriff*, Stuttgart, 1985.
Naucke, W., «Versuch über den aktuellen Stil des Rechts»: *Schriften der H. Ehlers-Akademie* 19 (1986).
Negt, O. y Mohl, E. Th., «Marx und Engels - der unaufgehobene Widerspruch von Theorie und Praxis», en *Pipers Handbuch der politischen Ideen* IV, München, 1986.
Neumann, U., *Juristische Argumentationslehre*, Darmstadt, 1986.
Neumann, U., «Rückwirkungsverbot bei belastenden Rechtsprechungsänderungen der Strafgerichte?»: *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 103 (1991), pp. 331-356.
Offe, C., *Contradicciones en el Estado de Bienestar* [1984], Madrid, ²1994.
Offe, C., «Challenging the Boundaries of Institutional Politics: Social Movements since the 1960s», en Ch. S. Maier (1987), pp. 63-106.
Offe, C., «Bindung, Fessel, Bremse», en A. Honneth *et al.* (1989).
Offe C. y Preuss, U. K., «Democratic Institutions and Moral Resources», en D. Held (1991).
Ogorek, R., *Richterkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, München, 1986.
Papier, H. J., *Eigentumsgarantie des Grundgesetzes im Wandel*, Heidelberg, 1984.
Parsons, T., *Sociological Theory and Modern Society*, New Nork, 1967.
Parsons, T., «On the Concept of Influence», en Id. (1967), pp. 355-382.
Parsons, T., *The System of Modern Societies*, Englewood Cliffs, 1971.
Parsons, T. y Shils, E., *Toward a General Theory of Action*, New York, 1951.
Parsons, T., Bales, R. E. y Shils, E., *Working Papers in the Theory of Action*, New York, 1953.
Pateman, C., *The Problem of Political Obligation*, Oxford, 1979.
Peirce, Ch. S., *Collected Papers* I-VIII, Cambridge, Mass., 1966.
Perry, M. J., *Morality, Politics and Law*, Oxford, 1988.
Peters, B., *Rationalität, Recht und Gesellschaft*, Frankfurt a. M., 1991.

Peters, B., *Die Integration moderner Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1993.
Pitkin, H., «Justice. On Relating Private and Public»: *Political Theory* 9 (1981).
Pocock, J. G. A., *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, 1975.
Pocock, J. G. A., «Virtues, Rights and Manners»: *Political Theory* 9 (1981), pp. 353-368.
Popitz, H., *Die normative Konstruktion von Gesellschaft*, Tübingen, 1980.
Posposil, L., *Anthropologie des Rechts*, München, 1982.
Preuss, U. K., *Legalität und Pluralismus*, Frankfurt a. M., 1973.
Preuss, U. K., *Die Internalisierung des Subjekts*, Frankfurt a. M., 1979.
Preuss, U. K., «Was heisst radikale Demokratie heute?»: *Forum für Philosophie Bad Homburg* (1989), pp. 37-67
Preuss, U. K., *Revolution, Fortschritt und Verfassung. Zu einem neuen Verfassungsverständnis*, Berlin, 1990.
Preuss, U. K., «Verfassungstheoretische Überlegungen zur normativen Begründung des Wohlfahrtsstaates», en Sachße *et al.*, (1990).
Puchta, G. F., *Cursus der Institutionen*, Leipzig, 1865.
Puhle, H. J., «Die Anfänge des politischen Konservatismus in Deutschland», en *Pipers Handbuch der politischen Ideen* IV, München, 1986.
Putnam, H., «Why Reason can't be naturalizad»: *Synthese* 52 (1982), pp. 1-23.
Putnam, H., *Razón, verdad e historia* [1982], Madrid, 1988.
Raiser, L., *Die Zukunft des Privatrechts*, Berlin, 1971.
Raiser, L., *Die Aufgabe des Privatrechts*, Frankfurt a. M., 1977.
Raiser, L., «Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht», en Id. (1977).
Raiser, Th., *Rechtssoziologie*, Frankfurt a. M., 1987.
Ramm, Th. (ed.), *Arbeitsrecht und Politik*, Frankfurt a. M., 1966.
Raschke, J., *Soziale Bewegungen*, Frankfurt a. M., 1985.
Rawls, J., «Justice as Fairness: Political not Metaphysical»: *Philosophy and Public Affairs* 14 (1985).
Rawls, J., *Teoría de la justicia* [1972], México-Madrid, 1979.
Rawls, J., «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en Id., *Justicia como equidad*, Madrid, 1986, pp. 137-187.
Rawls, J., *The Tanner Lectures on Human Values* 1982 (St. McMurrin, ed.), Salt Lake City, 1983.
Rawls, «The Basic Liberties and their Priorities», en Id. (1983).
Rawls, J., *The Domain of the Political and Overlapping Consensus*, manuscrito, 1989.
Rawls, J., *Die Idee des politischen Liberalismus*, Frankfurt a. M., 1992.
Regh, W., *Insight and Solidarity. The Idea of a Discourse Ethics*, tesis doctoral, Northwestern University, Evanston, 1991.
Regh, W., «Discourse and the Moral Point of View: Deriving a Dialogical Principle of Universalization»: *Inquiry* 34 (1991), pp. 27-48.
Rehbinder, E., «Reflexives Recht und Praxis»: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* XII (1988), pp. 109-129.
Richards, D. A. J., «Moral Philosophy and the Search for Fundamental Values in Constitutional Law»: *Ohio State Law Journal* 42 (1981).

Ridder, H., *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen, 1975.
Ritter, J., *Metaphysik und Politik*, Frankfurt a. M., 1969.
Rödel, U., (ed.), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Frankfurt a. M., 1990.
Rödel, U., Frankenberg, G. y Dubiel, H., *Die demokratische Frage*, Frankfurt a. M., 1989.
Rohde, D. L., *Justice and Gender*, Cambridge, Mass., 1989.
Rolke, L., *Protestbewegungen in der Bundesrepublik*, Opladen, 1987.
Roniger, L., «Conditions for the Consolidation of Democracy in Southern Europe and Latin America», en S. N. Eisenstadt (1992), pp. 53-68.
Rorty, R., *Solidarität oder Objektivität*, Stuttgart, 1988.
Rorty, R., «Der Vorrang der Demokratie vor der Philosophie», en Id. (1988).
Rosenblum, N. (ed.), *Liberalism and the Moral Life*, Cambridge, Mass., 1989.
Rousseau, J.-J., *El contrato social*, Madrid, [3]1991.
Royce, J., *The Spirit of Modern Philosophy*, Boston 1892.
Rupp, H. H., «Vom Wandel der Grundrechte»: *Archiv des öffentlichen Rechts* (1976).
Rüsen, J. *et al.* (eds.), *Die Zukunft der Aufklärung*, Frankfurt a. M., 1988.
Rüthers, B., *Die unbegrenzte Auslegung*, Frankfurt a. M., 1973.
Sachße, Ch. *et al.* (eds.), *Sicherheit und Freiheit*, Frankfurt a. M., 1990.
Salgo, R., «Soll die Zuständigkeit des Familiengerichts erweitert werden?»: *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht* 31 (1984).
Savigny, F. C. von, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1840.
Scharpf, F. W., *Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung*, Konstanz, 1970.
Scharpf, F. W., «Verhandlungssysteme, Verteilungskonflikte und Pathologien der politischen Steuerung»: *Politische Vierteljahresschrift*, monográfico *Staatstätigkeit*, 19 (1989), pp. 61-67.
Scharpf, F. W., «Politische Steuerung und politische Institution»: *Politische Vierteljahresschrift* 30 (1989), pp. 10-21.
Scharpf, F. W., «Politische Steuerung und politische Institution», en H. H. Hartwich (1989), pp. 17-29.
Schattschneider, E. E., *The Semisouvereign People*, New York, 1960.
Scheit, H., *Wahrheit - Demokratie - Diskurs*, Freiburg Br., 1987.
Schelling, Th., *Micromotives and Macrobehavior*, New York, 1978.
Schelsky, H., *Die Soziologen und das Recht*, Opladen, 1980.
Schlosser, H., *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg, 1982.
Schluchter, W., *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*, Tübingen, 1979.
Schluchter, W., *Religion und Lebensführung*, Frankfurt a. M., 1988.
Schluchter, W., «Beiträge zur Werttheorie», en Id. (1988).
Schmidt, E., «Von der Privat- zur Sozialautonomie»: *Juristenzeitung* 35 (1980)
Schmidt, J., «Zur Funktion der subjektiven Rechte»: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie* 57 (1971), pp. 383-396.
Schmidt, W., *Einführung in die Probleme des Verwaltungsrechts*, München, 1982.

Schmidt-Assmann, E., «Der Rechtsstaat», en J. Isensee y P. Kirchhoff (1987).
Schmitt, C., «Situación histórico-intelectual del parlamentarismo de hoy» [1926], en Id., *Sobre el parlamentarismo*, Madrid, 1990.
Schmitt, C., *Verfassungslehre*, Berlin, 1928.
Schmitt, C., *La defensa de la Constitución* [1931], Madrid, 1983.
Schmitt, C., *Sobre los modos del pensamiento jurídico* [1934], Madrid, 1996.
Schnädelbach, H., «Was ist Neoaristotelismus?», en W. Kuhlmann (1986).
Schnur, R. (ed.), *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, Darmstadt, 1964.
Schulin, E., *Die Französische Revolution*, München, 1988.
Schumpeter, J. A., *Capitalismo, socialismo y democracia* [1950], Barcelona, ²1988.
Schüssler-Fiorenza, E., «Die Kirche als Interpretationsgemeinschaft», en E. Ahrens (1989), pp. 15-144.
Sen, A., «Rational Fools»: *Philosophy and Public Affairs* 6 (1977).
Shuck, P. H. y Smith, R. M., *Citizenship without Consent*, New Haven, 1985.
Shue, H., «Mediating Duties»: *Ethics* 98 (1988), pp. 687-704.
Simitis, S., «Zur Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen», en F. Kübler (1984), pp. 73-166.
Simitis, S., «Selbstbestimmung: Illusorisches Projekt oder reale Chance?», en J. Rüsen *et al.* (1988).
Simitis, S., «Wiederentdeckung des Individuums und arbeitsrechtliche Normen»: *Sinzheimer Cahiers* 2 (1991), pp. 7-42.
Simon, H., «Rational Decision Making in Business Organizations», en *Models of Bounded Rationality* II, Cambridge, Mass., 1982.
Smart, C., *Feminism and the Power of Law*, London, 1989.
Smith, T., *The Role of Ethics in Social Theory*, Albany, NY, 1991.
Starck, Ch. (ed.), *Die Allgemeinheit des Gesetzes*, Göttingen, 1987.
Starobinski, J., *Los emblemas de la razón* [1988], Madrid, 1988.
Steiner, H. J., *Moral Argument and Social Vision*, Madison, Wisc., 1987.
Suhr, D., «Staat - Gesellschaft - Verfassung»: *Der Staat* 17 (1978).
Sumners, R. S., *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, 1982.
Sumners, R. S., *Lon Fuller*, Stanford, 1984.
Sunstein, C. R., «Interest Groups in American Public Law»: *Stanford Law Review* 38 (1985).
Sunstein, C. R., *After the Rights Revolution*, Cambridge, Mass., 1990.
Taylor, Ch., *Negative Freiheit?*, Frankfurt a. M., 1988.
Taylor, Ch., «Legitimationskrise», en Id. (1988).
Taylor, Ch., «Was ist menschliches Handeln?», en Id. (1988).
Taylor, Ch., *Sources of the Self*, Cambridge, Mass., 1985.
Taylor, Ch., «The Liberal-Communitarian Debate», en N. Rosenblum (1989).
Teubner, G., «Reflexives Recht»: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie* 68 (1982).
Teubner, G., «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law»: *Law and Society Review* 17 (1983).

Teubner, G., «Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege», en F. Kübler (1984), pp. 289-344.
Teubner, G. (ed.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin, 1986.
Teubner, G. (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin, 1988.
Teubner, G., *Recht als autopoietisches System*, Frankfurt a. M., 1989.
Teubner, G., «Regulatorisches Recht: Chronik eines angekündigten Todes»: *Archiv für Rechts- u. Sozialphilosophie* 54 (1990), pp. 140-161.
Teubner, G., «Die Episteme des Rechts», en D. Grimm (1990).
Thadden, R. von, «Die Botschaft der Brüderlichkeit», en *Süddeutsche Zeitung* del 26/27 de noviembre de 1988.
Thompson, J. B., *Ideology and Modern Culture*, Cambridge, 1990.
Tohidipur, M. (ed.), *Der bürgerliche Rechtsstaat* I, Frankfurt a. M., 1978.
Toulmin, St., *Der Gebrauch von Argumenten*, Kronberg, 1975.
Toulmin, St., Rieke, R. y Janik, A., *An Introduction to Reasoning*, New York, 1979.
Tribe, L. H., «The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories»: *Yale Law Journal* 89 (1980), pp. 1063-1080.
Trubek, D. M. y Esser, J. P., «Critical Empiricism and American Critical Legal Studies», en Ch. Joerges y D. M. Trubek (1989).
Tugendhat, E., *Einführung in die sprachanalytische Philosophie*, Frankfurt a. M., 1976.
Tugendhat, E., *Selbstbewusstsein und Selbstbestimmung*, Frankfurt a. M., 1979.
Tuori, K., «Discourse Ethics and the Legitimacy of Law»: *Ratio Juris* 2 (1989), pp. 125-143.
Turner, B. S., *Citizenship and Capitalism*, London, 1986.
Unger, R. M., *Law and Society*, New York, 1976.
Unger, R. M., *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge, Mass., 1986.
Varain, H. J., «Die Bedeutung des Mehrheitsprinzips», en B. Guggenberger y C. Offe (1984).
Voigt, R. (ed.), *Abschied vom Recht?*, Frankfurt a. M., 1983.
Vollrath, E., *Die Rekonstruktion der politischen Urteilskraft*, Stuttgart, 1977.
Walzer, M., *Spheres of Justice*, New York, 1983.
Walzer, M., «The Communitarian Critique of Liberalism»: *Political Theory* 18 (1990).
Weber, M., *Economía y sociedad* [1956], México, ¹⁰1993.
Weber, M., *Rechtssoziologie* (J. Winckelmann, ed.), Neuwied, 1960.
Weber, M., *Methodologische Schriften*, Frankfurt a. M., 1968.
Weber, M., «Über einige Kategorien der verstehenden Soziologie», en Id. (1968).
Weber, W., *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, Stuttgart, 1951.
Weinberger, O., «Der Streit um die praktische Vernunft», en W. Maihofer y G. Sprenger (1993), pp. 29-47.
Wellmer, A., *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso* [1986], Barcelona, 1994.
Wellmer, A., «Models of Freedom in the Modern World»: *The Philosophical Forum* XXI (1989/90), pp. 227-252.

Wellmer, A., «Konsens als Telos sprachlicher Kommunikation?», en H. J. Giegel (1992), pp. 18-30.
Wesel, U., *Frühformen des Rechts in vorstaatlichen Gesellschaften*, Frankfurt a. M., 1985.
Westbrook, R. B., *J. Dewey and American Democracy*, Ithaca, 1991.
Wieacker, F., *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967.
Wieacker, F., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M., 1974.
Wieacker, F., «Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft», en Id. (1974).
Wiethölter, R., «Proceduralization of the Category of Law», en Ch. Joerges y D. M. Trubek (1989), pp. 501-510.
Wieacker, E., «Ist unserem Recht der Prozess zu machen?», en A. Honneth *et al.* (1989), pp. 794-812.
Willke, H., *Ironie des Staates*, Frankfurt a. M., 1952.
Windscheid, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt a. M., 1906.
Wingert, L., *Gemeinsinn und Moral*, Frankfurt a. M., 1993.
Winzeler, R., *Die politischen Rechte des Aktivbürgers nach schweizerischem Bundesrecht*, Bern, 1983.
Wroblewski, J., «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision»: *Rechtstheorie* 5 (1974).
Young, I. M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton, 1990.
Zacher, H. F., «Verrechtlichung im Bereich des Sozialen», en F. Kübler (1984), pp. 14-72.

ÍNDICE DE AUTORES*

* Las páginas indicadas en cursiva corresponden a la Introducción.

ÍNDICE GENERAL

COMPLEMENTOS Y ESTUDIOS PREVIOS

OTROS TÍTULOS

Luigi Ferrajoli
Derecho y razón.
Teoría del garantismo penal

Norberto Bobbio
Teoría general de la política

Michele Taruffo
La prueba de los hechos

Gustavo Zagrebelsy
Historia y constitución

Paolo Grossi
Mitología jurídica de la Modernidad

Maurizio Fioravanti (editor)
El Estado moderno en Europa.
Instituciones y derecho

Tamar Pitch
Un derecho para dos. La construcción jurídica
de género, sexo y sexualidad

Nicola Matteucci
Organización del poder y libertad.
Historia del constitucionalismo moderno

Alfonso Ruiz Miguel
Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la Antigüedad a los inicios del constitucionalismo

José Luis Díez Ripollés
La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría

Alejandro Nieto y Agustín Gordillo
Las limitaciones del conocimiento jurídico

Luis Prieto Sanchís
Justicia constitucional y derechos fundamentales

Juan-Ramón Capella
Elementos de análisis jurídico

Miguel Carbonell (editor)
Neoconstitucionalismo(s)

Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (editores)
El derecho y la justicia

Elías Díaz y Alfonso Ruiz Miguel
Filosofía política II. Teoría del Estado

Nicolás María López Calera
Yo, el Estado. Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado

Ernst Wolfgang Böckenförde
Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia

Peter Häberle
Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del estado constitucional

Klaus Adomeit y Cristina Hermida del Llano
Filosofía del derecho y del estado. De Sócrates a Séneca

José Eduardo Faria
El derecho en la economía globalizada

Héctor C. Silveira Gorski (editor)
Identidades comunitarias y democracia

Stephen Shute y Susan Hurley (editores)
De los derechos humanos

Juan-Ramón Capella
Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado

Luigi Ferrajoli (editor)
Los fundamentos de los derechos fundamentales

Carlos María Cárcova
La opacidad del derecho